This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

**Usage guidelines**

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

**About Google Book Search**

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

**A propos de ce livre**

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

**Consignes d'utilisation**

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

**À propos du service Google Recherche de Livres**

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

Bd. June 1932

HARVARD LAW LIBRARY

Received MAR 11 1932

Belgium

# DES SOCIÉTÉS

## CONSIDÉRÉES AU POINT DE VUE

DE LA

# PERSONNIFICATION CIVILE

PAR

ALFRED LE FRANÇOIS

BRUGES

TYPO- ET LITHOGRAPHIE EDW. GAILLIARD ET CONT

1872

A Monsieur Deschietere
Juge au tribunal de 1re instance de Bruges
hommage de l'auteur
Lyon-Caen

# DES SOCIÉTÉS

## CONSIDÉRÉES AU POINT DE VUE

DE LA

## PERSONNIFICATION CIVILE

# DES SOCIÉTÉS

## CONSIDÉRÉES AU POINT DE VUE

DE LA

## PERSONNIFICATION CIVILE

184

PAR

ALFRED LE FRANÇOIS

BRUGES

TYPO- ET LITHOGRAPHIE EDW. GAILLIARD ET COMP.

1872

939

For TX
L495s

MAR 11 1932

3/11/32

## CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

—

## EXPOSÉ DE LA QUESTION

1. Le contrat de société donne-t-il naissance à une personne morale ? Trancher cette question dans le sens affirmatif, ce n'est pas investir les particuliers du droit absolu de créer une personne morale, c'est-à-dire, leur permettre d'exercer une faculté qui ne peut appartenir qu'à la puissance publique et souveraine. La dénomination de personne morale appliquée aux sociétés ne comporte pas une signification aussi élevée. Cette expression est employée dans l'école pour indiquer une certaine façon d'envisager les rapports de la société avec le monde extérieur. Selon qu'on reconnaîtra que telle société constitue ou non une personne fictive, ces rapports seront essentiellement différents. Ainsi, décide-t-on ce point dans le sens de l'affirmative, il convient d'établir une distinction radicale entre la société et les associés dans toutes les situations juridiques qui peuvent se présenter. Les biens apportés en commun forment le patrimoine propre de la première; il en est de même de tous ceux que la société acquiert pendant le cours de son existence; lorsque la société contracte une obligation, elle seule est engagée en ce sens que la société peut être assignée en justice indépendamment des associés et que son avoir forme le gage exclusif du créancier. D'autre part, les associés n'étant pas propriétaires du patrimoine social, ils n'ont aucun droit sur celui-ci tant que les créanciers de la société ne sont pas entièrement désintéressés. Ils ne peuvent donc en

aliéner valablement aucune partie et leurs créanciers personnels ne peuvent le saisir pour la part de leur auteur.

Par conséquent, affirmer qu'une société constitue une personne morale, c'est énoncer toutes ces propositions en une formule abrégée. En affirmant au contraire qu'une société n'est pas une personne morale, on les nie toutes; on déclare que les associés sont réellement et légalement copropriétaires par indivis de tout l'avoir social, créanciers de tout ce qui est dû à la société, débiteurs de tout ce qu'elle doit. Le mot *société*, dans ce cas, ne signifie pas autre chose que l'expression *tous les associés*.

**2.** Il y a plusieurs manières d'être engagé avec d'autres dans les liens d'une société.

Et tout d'abord il y a lieu de distinguer les sociétés se rattachant au droit public de celles qui tiennent au droit privé, au droit civil.

Dans la première catégorie il faut ranger la vaste association connue sous le nom de nation, embrassant dans son sein la province, la commune; on peut également y rapporter certains auxiliaires de l'État, tels que les hospices, les bureaux de bienfaisance, les églises considérées comme service public et administrées par une fabrique, les congrégations hospitalières reconnues etc.

Dans la seconde catégorie on remarque des associations qui ne sont pas instituées dans le but de réaliser un bénéfice, un lucre. A leur tête apparaît l'association conjugale; viennent ensuite certaines agglomérations d'individus plus ou moins nombreux, réunis dans un but d'utilité ou d'agrément. Tels sont les cercles d'agrément, les associations formées en vue de supporter en commun un dommage éventuel, ou de faire en commun certains travaux.

Enfin les sociétés proprement dites sont celles qui répondent aux conditions essentielles déterminées par le code civil et par le code de commerce. Leur caractère distinctif consiste en ce que les associés apportent chacun quelque chose, dans le but de partager le bénéfice qui pourra en résulter et de supporter en commun les pertes éventuelles.

Le présent travail ne roulera que sur ces dernières sociétés.

# PREMIÈRE PARTIE

—

## ANCIEN DROIT

**3.** Lorsqu'il s'agissait, dans l'ancienne jurisprudence, d'établir les droits que les tiers avaient sur le patrimoine de ceux avec qui ils avaient contracté, on faisait intervenir un principe dont il importe de bien mesurer l'étendue. On examinait si la personne obligée résumait en elle le principe de plusieurs administrations de biens. S'il en était ainsi, on supposait que les biens se rapportant à chacune de ces administrations appartenaient à un être physique distinct; ou plutôt on personnifiait l'administration elle-même; on admettait que le créancier qui avait contracté avec le propriétaire à raison de cette administration, avait traité directement avec cette dernière. Il avait donc pour gage spécial de sa créance toutes les valeurs appartenant à cette personne imaginaire, et il excluait de ce chef tout créancier qui ne se trouvait pas dans les mêmes conditions.

Voici, à cet égard, comment s'exprime Salgado (*Labyrinthus creditorum,* pars 1, ch. 11, p. 70):

" His proxima causa est illius qui habet administrationem vel diversas administrationes seu societates, aut diversas negotiationes; etenim si formavit concursum inter creditores suos, separandi sunt a creditoribus administrationis quam gerit et societatis; iste namque debitor duas representat personas : suam scilicet et administrationis; et ideo contrahens intuitu et contemplatione suæ propriæ personæ, contractus nihil influunt in administrationem nec societatem, sed unumquodque sicut procedit adversa et separata causa, ita separatam et distinctam habet rationem et distinctos libros, et

contractus atque creditores unius negotiationis non confunduntur cum creditoribus et contractibus alterius negotiationis, societatis et administrationis, sed judicantur ac si a diversis personis celebrarentur..... Atque ex diversitate negotiationum, administrationum et societatum resultat quod unius creditores, alterius negotiationis creditores esse non possunt, nec socii unius sunt obligati ad debitum alterius. "

Il résulte de cet extrait que, dans la pensée de Salgado, la société, en général, formait une personne morale ayant un actif et un passif propres. Et cette opinion n'était pas personnelle à cet auteur : elle était partagée par tous les jurisconsultes de son époque. On peut en juger par le grand nombre de docteurs qu'il cite à l'appui de sa thèse.

Mais à quelles sociétés s'applique notre principe ? Occupons-nous d'abord des sociétés de commerce; dans un second chapitre, nous traiterons de la société civile [1].

## CHAPITRE PREMIER

—

## DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES

—

### I. DE LA SOCIÉTÉ GÉNÉRALE

**4.** La première société de commerce qui doive attirer notre attention est celle qui correspondait à la société collective du code de commerce, celle que Casarégis appelle

[1] Il pourrait sembler plus méthodique et plus rationnel de commencer cette étude par la société civile. C'est la marche que nous suivons dans la partie de ce travail relative au droit moderne. Ici nous avons préféré débuter par la société commerciale. Cette façon de procéder nous permet de transporter immédiatement le lecteur au cœur même de la question en l'initiant de suite à tous les détails de la société considérée comme personne morale. Plus tard, quand nous aborderons la société civile, il lui sera facile de mesurer la distance qui, sous ce rapport, la sépare des sociétés commerciales.

" *vera ac propria societas* " [1], la société proprement dite. Les auteurs français l'appelaient société générale, ou société libre, par opposition à la société en commandite qu'on désignait quelquefois par ces mots : Société conditionnée. Voici la définition qu'en donne Savary : " Celle qui se fait entre deux ou trois ou quatre personnes pour faire le commerce sous leurs noms collectifs qui sont connus d'un chacun, c'est-à-dire que la raison de la société est sous les noms de Pierre, François et Paul, en compagnie [2] ".

5. La société générale formait incontestablement une personne morale distincte des associés. Straccha va même jusqu'à l'appeler un corps mystique [3]. Casarégis est tout aussi explicite [4].

Cette personne morale portait un nom qui lui était particulier et qui servait à la distinguer non-seulement des associés mais encore de toute autre société. Ce nom était la raison sociale. C'est ainsi que Casarégis nous parle du *complementarius rationis bancariæ MM. Fratrum Cataneæ* [5], des *libri rationis Cataneæ* [6]. Une société s'étant substituée à une autre, il oppose le *socius primæ rationis* au *socius*

[1] CASAREGIS, Disc. 29, n° 28.

[2] SAVARY, *Le parfait négociant*, t. 2, p. 345.

Il semble bien résulter de ce passage qu'à l'époque de Savary, la raison sociale devait comprendre le nom de tous les associés. Voir aussi t. 2, p. 505. Mais l'usage s'introduisit bientôt de permettre à un seul associé de signer de son nom pourvu qu'il indiquât qu'il agissait pour la compagnie; de là naquit cette formule Pierre et C^ie^ (*Encyclopédie méthodique* de Diderot et d'Alembert, v° *Société*, p. 611).

[3] STRACCHA, D. 7, n° 10, p. 41.

" Societas est corpus mysticum ex pluribus nominibus conflatum et significatur per subscriptionem nominum ita ut quidquid scribitur vel dicitur per epistolam a dictis nominibus seu ab uno ex eis habente facultatem nomen societatis expendendi subscriptam, dicitur scriptum ab ipso corpore seu societate, non ab ipsis uti particularibus ".

*Ibid.* D. 31, n° 11, p. 131.

" Alia est persona Nicolaï proprii, alia est ejus persona representata in societate Jo. Ant. et fratrum ".

[4] CASAREGIS, Disc. 145, n° 53.

" Societas reputatur quid distinctum a negotio sociali, seu nummularia quæ nomen juris est, consistens in universitate nominum et debitorum ".

Voyez aussi la note 1 ci-dessus.

[5] Disc. 78, tome 2, p. 145.

[6] Disc. 78, n° 12, p. 146.

*secundæ rationis* [7]. Les créanciers de la société, ailleurs, sont appelés créanciers de la raison sociale : *creditores alicujus rationis* [8].

La naissance d'une société générale était portée à la connaissance du monde commercial par la voie de lettres circulaires [9]. C'est à ce procédé imparfait de publication qu'ont succédé, en France, les formalités prescrites par l'ordonnance de 1673. Des lettres circulaires informaient aussi le public de tous les faits qui pouvaient l'intéresser, et notamment de la dissolution anticipative de la société [10].

**6.** La distinction établie par les jurisconsultes entre la société et les associés les amenait à décider que les biens sociaux forment le gage exclusif des créanciers de la société [11]. C'est en vue de la garantie que ces biens leur offrent que les créanciers ont consenti à entrer en rapport d'affaires avec elle. Ils excluent donc de ce chef tout créancier qui n'a pas traité avec la société [12]. " Videntur, dit Casarégis, pecuniam credidisse

[7] Disc. 147, n° 6, t. 3, p. 160.

[8] Disc. 18, n° 3 *summarii*.

[9] CASAREGIS, D. 39, n° 22, p. 249.

" Arguitur etiam diversitas negotiationum ex diversitate intitulationis .... ex litteris circularibus noviter transmissis ".

[10] CASAREGIS, D. 39, n° 16, t. 1, p. 248.

" Socii tenebantur per publica edicta vel per litteras circulares proclamare vel notificare facere societatis dissolutionem ".

Voyez aussi : D. 145, n° 35, t. 3, p. 143.

[11] CASAREGIS, D. 18, n° 3, t. 1, p. 92; D. 75, n° 25, t. 2, p. 135; D. 146, n° 54, t. 3, p. 156.

[12] Cette conséquence était admise par la jurisprudence de tous les pays. BRILLON, *Recueil d'arrêts*, v° *Societé*, p. 208.

" Par arrêt rendu à la quatrième chambre des enquêtes le 11 juin 1692, jugé *una voce* qu'un créancier de la société est préféré, sur les effets de la société, au créancier de l'associé, quoique ce créancier fût antérieur à la société. Les effets n'étaient que des marchandises. "

Conforme CLAUDE DE FERRIÈRE, *Dictionnaire de droit*, v° *Société*, t. 2, p. 904; *Journal du Palais*, observations sur un arrêt du Parlement de Paris du 25 janvier 1677.

Une décision analogue fut rendue par le parlement de Grenoble le 22 août 1637. *Dictionnaire des arrêts*, t. 6, p. 209.

On lit encore dans BRILLON : " Deux associés achètent à crédit des marchandises. Un créancier de l'un d'eux fait saisir la part de son débiteur. Telle saisie n'est valable et l'autre associé peut s'y opposer et empêcher l'effet de cette saisie jusqu'à ce que le prix des marchandises soit payé ". (*Eodem*

navi, sive navi societatis, seu rationi. " Dans l'espèce, les deniers prêtés devaient servir à reconstruire ou à réparer un navire appartenant à une société. Ainsi, dans la pensée de Casarégis, c'est à l'entreprise, au commerce communs, plutôt qu'aux associés personnellement, que le crédit a été accordé. Cette raison se trouve déjà exprimée dans la loi 5 § 15 D. *de tributoria actione.*

Le privilége des créanciers d'une société ne s'étendait qu'aux biens de cette société. Ainsi, lorsque plusieurs marchands fondent une maison de commerce dans une localité, puis une autre dans un autre siége, il n'y a rien de commun entre ces deux maisons en fait d'actif et de passif; elles constituent deux sociétés distinctes. Le contraire ne résulte nullement de ce qu'il y a identité de personnes physiques, d'associés. La faillite d'une des maisons de commerce ne concerne donc aucunement l'autre et laisse subsister celle-ci dans toute son intégrité primitive [13].

Pour apprécier s'il y a diversité de sociétés ou de négoces, il faut généralement s'en rapporter à la raison sociale. Il se peut cependant que deux maisons de commerce aient la même raison sociale sans pourtant se confondre; cela arrive lorsque l'une des sociétés comprend un membre, un associé qu'on ne trouve pas dans l'autre; alors il faut s'en remettre aux livres de commerce, aux lettres circulaires émises dans le public et annonçant l'admission du nouvel associé, etc. Dans tous ces cas, les créanciers de l'une des sociétés ne peuvent concourir avec les créanciers de l'autre.

Les créanciers d'une société conservent leur droit de

p. 209). Apparemment cette décision était basée sur ce que, le prix n'étant pas payé, les marchandises n'appartenaient pas aux associés mais à l'être moral et formaient le gage du créancier vendeur.

[13] CASAREGIS, Disc. 39, n° 18 *et seq.*, t. 1, p. 248.

" Decoctio unius societatis in aliam minime influit. Et ratio est quia unaquæque societas aut negotiatio est diversa et separata ab alia, non obstante quod personæ materialiter sint eædem, cum una et eadem persona materialis secundum diversos respectus formaliter reduplicari ac plurium munere fungi possit. Propterea unumquodque negotium aut societas respectu creditorum et corresponsalium in sua distinctione formali persistit, absque ulla confusione vel promixtione computorum creditorum et debitorum ad effectum etiam cujuscumque compensationis excludendæ. "

préférence sur les biens de cette société même après sa dissolution [14]. Il importe peu que l'actif en ait été versé dans une nouvelle association ou qu'il ait été partagé entre les associés ou qu'il ait été hypothéqué en faveur de tiers qui n'ont pas contracté avec la société dissoute. Cette société continue d'exister comme personne morale jusqu'à l'acquittement complet du passif social.

7. Les créanciers des associés n'ont donc aucun droit sur les biens de la société tant que les créances sociales ne sont pas intégralement éteintes. Parmi les créanciers d'un associé, celui qui mérite le plus d'intérêt est certainement sa femme quand elle agit en restitution de sa dot. Eh bien, elle n'a de ce chef aucun droit de préférence vis-à-vis des créanciers de la société; son hypothèque ne frappe pas l'actif social; elle n'a même pas le droit de concourir avec ceux-ci dans la distribution des deniers communs. C'est ce qu'a formellement décidé un arrêt du Parlement de Paris prononcé le 25 janvier 1677. Cet arrêt est rapporté dans le *Journal du Palais* (publié en l'année 1701).

La femme était cependant préférée aux créanciers de la société, relativement à ses reprises, lorsque sa dot avait été versée dans la caisse commune, " si realiter dos mulieris in utilitatem societatis fuerit versa " [15].

Le droit des créanciers des associés se borne donc à saisir la part qui adviendra à leur débiteur par suite du partage. Mais le partage n'a pour objet que ce qui restera de l'actif lorsqu'on aura préalablement acquitté toutes les dettes de la société. Fontanella dit à cet égard : " Hæc autem partitio antequam fiat, prius est a rebus societatis et communibus omne æs alienum deducendum.... Ratio est clara, quia non est in bonis, nisi quod superest deducto

[14] Casaregis, Disc. 146, n° 55, t. 3, p. 156.

" Dissoluta legitime societate et jam inde secuta intellectuali saltem divisione portionum inter socios, sociale negotium in abstracto consideratum perseverat adhuc in secundam societatem transfusum, exemptum ab hypothecis quas creditores etiam indifferentes acquirere valuerunt. "

[15] Rodriguez, *Traité du concours et du privilége des créanciers*, 1e partie, n° 17.

ære alieno.... Hinc fit quod bona societatis non dicuntur bona socii nisi prius solutis debitis societatis " [16].

8. Un associé peut-il disposer de sa part dans les choses communes ? Un simple communiste a ce droit. Voici ce qu'on lit dans *Le supplément aux œuvres de Claude Henrys* : " Celui auquel quelque chose est commune par société, peut valablement disposer de sa portion comme bon lui semble; ainsi de plusieurs consors en un procès, il est permis à l'un d'eux de plaider pour sa part sans attendre la volonté de son consors; il peut aussi hypothéquer sa portion ". L'auteur rapporte même un arrêt décidant qu'un héritier a pu valablement vendre la moitié d'une maison faisant partie d'une succession. Cette vente fut confirmée, quoique l'autre héritier prétendît que le bien ne pouvait être vendu qu'après le partage. Mais il en est autrement " quand la chose est commune à plusieurs, non comme à des particuliers, mais comme membres d'une université. L'un d'eux ne peut vendre ni hypothéquer aucune portion de la dite chose.... et l'associé ne peut vendre la chose commune que pour sa part ". (L. I, ch. 33 *Des sociétés*, 13, 14, 15, 16.)

Il résulte de ces extraits qu'un associé ne peut transmettre à autrui que la portion de l'actif à laquelle il a droit, après qu'on a préalablement acquitté le passif.

9. Voici une nouvelle conséquence du système qui personnifie la société et la distingue des associés : un débiteur de la société ne peut, à l'effet de se libérer, opposer la compensation de ce qu'un associé lui doit à titre purement personnel, celui-ci fût-il même le gérant. Si cette compensation était autorisée, il serait vrai de dire que l'associé en question reçoit en payement une chose qui n'appartient pas à son débiteur [17]. Cette solution doit être maintenue quand

[16] FONTANELLA, Gloss. 9, part. 2, nos 54, 55, 57.

[17] CASAREGIS, D. 76, no 20, t. 2, p. 139.

" Si ille (socius qui contraxit) expressit nomen sociale, licet possit ab omnibus debitoribus socialibus quæcumque credita ad societatem spectantia exigere ex eo quod censetur habere mandatum ab altero socio ad exigendum : nihilominus compensare proprium debitum cum credito sociali ei in jure vetitum expresse reperitur per Doctores ".

Voyez encore : D. 75, no 30, t. 2, p. 136.

bien même l'associé aurait eu, en vertu d'un mandat exprès ou tacite, le pouvoir de réclamer du débiteur de la société le montant de la créance sociale.

Casarégis admet cependant une restriction. Il permet au débiteur de la société d'opposer la compensation lorsque les associés ont l'habitude d'éteindre de cette façon les créances de la société, alors surtout que tour à tour ils ont adopté ce mode de payement à l'égard de leurs débiteurs [18]. Cette solution est évidemment inattaquable quand on considère l'intérêt personnel des associés, quand on n'apprécie que leurs rapports intérieurs. Mais nous croyons qu'elle ne serait pas à l'abri de critiques si on prétendait en faire usage à l'égard des créanciers de la société. Nous pensons, en effet, que le débiteur de la société, dans l'espèce, ne serait pas libéré envers ceux-ci : car ils ont un droit certain sur tout ce qui appartient à la société et il ne peut dépendre des associés d'en limiter l'exercice. D'un autre côté, la décision de Casarégis accorde un privilége aux créanciers des associés sur les biens de la société, puisqu'en définitive le tiers créancier de l'un des associés, en opposant la compensation à la société, se paye lui-même à l'aide de deniers sociaux.

**10.** Après tout ce qui précède, on est amené à se demander comment on distinguait les créanciers de la société des créanciers personnels des associés.

Le pouvoir d'obliger la société appartenait à celui des associés qui était expressément désigné à cet effet dans l'acte social, ou dont le mandat résultait tacitement de ce qu'il avait agi comme représentant de la société au vu et au su de ses coassociés [19].

Régulièrement le gérant n'obligeait la société que lorsqu'il souscrivait la raison sociale. La société était néanmoins tenue des engagements contractés par le gérant en son propre nom,

[18] " In casu vero quo appareret socium hujusmodi compensationes facere consuevisse easque fuisse ab altero socio approbatas et computatas in libris eoque fortius si modo unus, modo alius ex sociis solitus esset illas admittere cum suis debitoribus socialibus, contrarium omnino dicerem, quia in iis casibus censeretur inter socios ad invicem datum tacitum mandatum ad illas compensationes faciendas ".

[19] CASAREGIS, Disc., 39, n° 24, t. 1, p. 209.

toutes les fois qu'il résultait des circonstances de fait ou de la teneur même de l'acte que l'opération concernait la communauté. C'est l'opinion formelle de Casarégis [20].

L'ordonnance de 1673 paraissait plus rigoureuse. Elle statuait: " Tous associés seront obligés solidairement aux dettes de la société encore qu'il n'y en ait qu'un qui ait signé au cas qu'il ait signé pour la compagnie et non autrement ". Savary interprète cette disposition en ce sens que l'associé qui souscrivait son nom ou celui de tous les associés, devait le faire suivre des mots *en compagnie*.

Toutefois l'associé gérant n'obligeait pas la société lorsque l'opération était l'objet d'une clause prohibitive du contrat de société, même dans le cas où le tiers était de bonne foi, c'est-à-dire ignorait l'existence de la clause en question [21].

**11.** Il se peut qu'un associé contracte encore sous la raison sociale après la dissolution de la société. Si la société a été dissoute avant le terme indiqué dans la convention originaire et si cet événement n'a pas été porté à la connaissance du public par la voie d'annonces, Casarégis estime que les associés continuent, dans l'espèce, à être tenus solidairement [22]. Mais le créancier est-il alors encore préféré sur l'actif social aux créanciers personnels d'un associé? Cette question offre surtout de l'intérêt, quand ceux-ci ont contracté postérieurement à la dissolution, alors qu'ils avaient connaissance de ce fait et comptaient, pour se payer, sur les biens que le partage de la masse commune ferait tomber au lot de leur débiteur. Casarégis n'envisage pas la question à ce point de vue: aussi croyons-nous que, considéré sous cet aspect, le problème aurait reçu de lui une solution différente.

[20] " Pro regula notandum est quod consocii nunquam tenentur ex contractu alterius socii nisi in contrahendo expressum fuerit nomen sociale vel saltem ex facti circumstantiis aut subjecta materia illud argui potuerit. Si vero plures mercatores uni mensæ vel apothecæ sicut negotio promiscui præessent et quandoque cum uno, quandoque cum altero contraheretur, tunc licet nullum societatis vel commune nomen expenderent, nihilominus tenerentur in solidum pro negotiis ad apothecam vel mensam spectantibus. "

Disc. 39, nos 13, 14, t. 1, p. 248. — V. aussi D. 78, n° 6, t. 2, p. 146.

Conforme Straccha, Dec. 7, n° 3.

[21] Casaregis, *Eod.*, nos 10, 11, 12.

[22] *Eod.*, n° 15, 16.

12. On peut dire que le gérant personnifie la société aux yeux des tiers. Ce qu'il fait est censé fait par la société; de là résulte que ses associés sont liés par ses actes, absolument comme s'ils avaient agi eux-mêmes. Voici cependant une espèce dans laquelle Casarégis adopte une opinion contraire.

Un navire appartenant à une compagnie est assuré contre les sinistres maritimes. Le vaisseau périt par la faute du capitaine, qui est lui-même intéressé dans l'entreprise. L'indemnité est-elle due par l'assureur? Casarégis distingue. Le capitaine était-il un homme de mauvaise foi ou notoirement incapable, la société ne peut réclamer le montant de l'assurance, même pour les parts revenant aux autres associés, " quia per fictionem legis culpa navarchi, utpote institoris vel administratoris communis negotii vel mercium, attribuitur ipsimet assecurato. " Cela est très-correct; mais voici qui le paraît moins. Si le capitaine était connu pour sa bonne foi et ses capacités, ses associés, en lui confiant la direction du navire, ont fait preuve de toute la diligence qu'on pouvait attendre d'eux, et la faute du capitaine ne saurait leur nuire. Celui-ci ne peut, il est vrai, réclamer sa part de l'assurance; mais ses coassociés peuvent prétendre à la leur. Casarégis base cette solution sur l'argumentation suivante : " Licet negotium vel merces sint communis interesse, tamen unius est distinctum ab alterius interesse ratione diversarum personarum. Et adeo verum est quod si unus ex sociis merces communes assecurare fecerit, assecuratio pro sua portione aut interesse tantum valebit, secus pro portione vel interesse alterius socii [23] ".

La théorie que Casarégis expose ici nous semble en contradiction avec son système sur la personnification de la société. Car c'est bien le navire de la société qui se trouve protégé par l'assurance. C'est aussi comme représentant visible de la société que le capitaine a agi. Dès lors l'indemnité promise paraît due tout entière ou bien n'être due pour aucune partie. Elle n'est due pour aucune partie, si c'est à la faute du capitaine qu'on peut attribuer la perte du vaisseau : car, encore une fois, cette faute est imputable à

[23] Casaregis, D. 66, nos 9, 10, 11, t. 2, p. 93.

la société qui est venue s'incarner dans la personne de son mandataire. Quant à l'explication de Casarégis qui consiste à représenter les parts des associés dans l'actif social comme distinctes, indépendantes les unes des autres, elle est peu en harmonie avec la fiction admise par notre auteur, et d'après laquelle cet actif est la propriété, non des associés, mais de la société considérée comme être abstrait.

13. Les associés sont obligés solidairement au payement de toutes les dettes de la société [24]. En général, ils en répondent, non seulement sur les biens versés par eux dans la société, mais encore sur ceux qu'ils se sont réservés comme propres. D'après Casarégis, les associés peuvent se mettre à l'abri de cette responsabilité indéfinie. S'ils ont contracté une société particulière en lui constituant un capital déterminé, ils seront bien encore tenus solidairement des engagements sociaux, mais seulement jusqu'à concurrence des sommes engagées. Cela doit surtout être admis, lors qu'ils ont déclaré dans le pacte social qu'ils n'entendaient pas s'obliger au delà. Cette convention pourra être opposée aux tiers, mais à la condition que les associés soient exempts de faute. Ils ont en effet le devoir de se rendre compte aux époques voulues de l'état de la société, à l'aide de l'examen des livres et de la confection de bilans. Si ces opérations leur donnent de justes motifs de croire que les capitaux versés antérieurement ne se trouvent pas absorbés, ils ne seront pas tenus sur leurs biens propres. Dans le cas contraire, ils sont indéfiniment responsables des engagements contractés par le gérant [25].

[24] *Ibid.* D. 39, n° 24, t. 1, p. 249; D. 144, n° 1, t. 3, p. 127.

[25] " Quamtumvis certum indubitatumque in jure sit omnes socios alicujus rationis in solidum remanere obligatos propter contractus ab eorum consocio administratore initos, attamen recte inferri non valet socios etiam obligari ultra sortem quam habent in societate. Sicuti enim actio solidalis non minus est verificabilis intra quam extra limites capitalium, ita ab ea tanquam a principio equivoco hujusmodi consequentia non potest deduci. Unde magis communiter a doctoribus nostris volitum fuit quod in societatibus particularibus ac limitatis videlicet institutis cum sola assignatione quorumdam capitalium quamvis in solidum socii obligentur ex contractibus eorum institoris, aut complimentarii, hoc semper intelligatur intra limites tantum capitalium ab eis in negotio implicatorum, nunquam tamen in aliis eorum propriis bonis. Quod quidem eo magis vindicaret si in capitulis societatis per socios pactum

Dans l'espèce, lorsque les conditions exigées par Casarégis se réalisent, il est vrai de dire que la personne morale est seule engagée; les créanciers ne peuvent s'en prendre qu'à elle. On peut inférer de là qu'avant de recourir au patrimoine propre des associés, ils ont à discuter celui de la société et à établir qu'il est insuffisant pour les satisfaire, qu'il n'est plus tel que les associés l'ont constitué par leur convention originaire.

**14.** Il est permis de conclure de tout ce qui précède que lorsqu'une poursuite judiciaire était dirigée contre la société ou exercée par elle contre les tiers, la fiction légale continuait de produire ses effets. C'était donc la raison sociale, et non les associés personnellement, que l'on voyait figurer en justice. Aussi lisons-nous dans Denizart : " Il n'est pas nécessaire de donner à chaque associé ou intéressé une copie des exploits, des demandes, des significations, des procédures et contraintes qui se font contre des associés; une seule copie suffit pour tous [26] ".

**15.** Nous venons de voir quelles sont les conséquences pratiques résultant de la fiction légale qui personnifie les

fuisset se ad nil aliud teneri velle quam ad simplex eorum capitale... (Sed hoc tantum procedit) in casu quo culpa ac gravis negligentia sociorum in permittendo eorum nomen semper expendi in negotio absque ulla librorum revisione, ac bilanciorum requisitione, non intervenerit ".

D. 144, nos 1, 3, 18; t. 3, p. 127.

[26] DENIZART, v° *Société*, 27.

On lit encore dans le même auteur sous le nombre 28 : " La cour a même jugé que cette maxime devait s'appliquer aux intéressés dans le canal de Briare; ceux-ci ont prétendu dans un procès qu'ils eurent contre M. Pelletier des Forts, qu'il fallait les regarder comme de simples copropriétaires qui pouvaient procéder séparément au moyen de ce que leurs lettres patentes ne les qualifiaient pas compagnies et que le canal et les seigneuries qui y sont jointes leur appartiennent *ut singulis;* mais par arrêt rendu le 15 juillet 1712, il fut ordonné qu'ils plaideraient en nom collectif ".

CLAUDE DE FERRIÈRE, v° *Société entre marchands.*

" On peut assigner tous ceux qui sont associés pour fait de marchandises au domicile d'un seul et cela pour la facilité du commerce; autrement ce serait des longueurs infinies qu'il faudrait essuyer, par l'éloignement de chacun des associés, s'il fallait les assigner chacun à leur domicile particulier. Il y a plus, c'est que chaque associé pour fait de marchandises, est l'homme et le facteur de la société; c'est pourquoi il peut vendre et acheter, recevoir l'argent et payer, actionner les débiteurs et par la même raison être actionné et engager par là ses associés ".

sociétés. L'école italienne admettait ces conséquences sans soumettre la constitution de la société à aucune condition spéciale de forme ou de publicité. Il n'en était pas de même de la législation française à partir de l'année 1673. La célèbre ordonnance promulguée cette année statuait au titre 14:

" ART. 1. Toute société générale ou en commandite sera rédigée par écrit ou par devant notaires, ou sous signature privée; et ne sera reçue aucune preuve par témoins contre et outre le contenu en l'acte de société ni sur ce qui sera allégué avoir été dit avant, lors ou depuis l'acte, encore qu'il s'agit d'une somme ou valeur moindre de cent livres.

" ART. 2. Les extraits des sociétés entre marchands et négociants tant en gros qu'en détail seront registrés au greffe de la juridiction consulaire, s'il y en a; sinon, en celui de l'hôtel commun de la ville; et s'il n'y en a point, au greffe des juges des lieux ou de ceux des seigneurs, et l'extrait inséré dans un tableau exposé en lieu public; le tout à peine de nullité des actes et contrats passés tant entre les associés qu'avec leurs créanciers et ayant cause ".

Savary nous apprend quelles énonciations l'extrait en question devait contenir: " Quand, écrit-il, l'on dit l'extrait de la société, c'est-à-dire la raison de la société sous les noms des dénommés en l'acte, le temps qu'elle doit commencer et celui qu'elle doit finir, s'il y a quelque stipulation particulière dans le dit acte de société, comme s'il était stipulé qu'il n'y aura qu'un des associés qui tiendra la plume pour signer toutes les lettres et billets de change ou autres actes de la société, enfin de toutes les choses qui regardent le public, afin qu'il en puisse avoir connaissance [27] ".

**16.** Savary exige l'accomplissement des formalités prescrites par l'ordonnance et en fait une condition formelle de validité de la société: " Afin, dit-il, que cette société générale et collective ait son effet, et qu'elle soit bonne et valable, il faut qu'elle soit revêtue de toutes les formes portées par la dite ordonnance de 1673, sinon elle est nulle et ne produit aucun effet. "

Appliquée aux associés, cette thèse est certainement fort

[27] SAVARY, Parère 65, t. 2, p. 506.

rationnelle. La loi peut leur imposer certaines formalités à observer dans la constitution de leur société, en vue de l'intérêt public, et l'on comprend parfaitement que les parties, en faute pour ne pas avoir obéi au commandement de la loi, ne puissent trouver dans une convention irrégulière le principe d'aucun droit contre les tiers. Mais Savary va bien au-delà : non seulement tout intéressé peut opposer aux associés leur désobéissance à la loi, mais encore, dans la pensée de cet auteur, ceux-ci peuvent s'en faire une arme à l'égard des tiers et s'en servir pour repousser les prétentions de ces derniers. Ainsi, dans son parère 81, Savary s'occupe du cas suivant : Pierre a souscrit une lettre de change des noms Pierre et Paul, sans faire suivre ces noms des mots *en compagnie;* et il décide que le porteur du titre ne peut être admis à prouver par témoins l'existence d'une société entre Pierre et Paul, à l'effet d'exercer une action solidaire contre ce dernier. Il justifie cette opinion à l'aide des termes des articles 1 et 2 du titre 14 de l'ordonnance que nous venons de reproduire. " Il faut, dit-il, qu'aux termes de l'ordonnance, le dit Jacques rapporte un acte de société générale et collective faite entre Pierre et Paul et l'extrait d'icelle registré au greffe de la juridiction consulaire de Nantes, lieu du domicile de Paul, sinon le dit Jacques est sans action contre Paul, d'autant qu'aux termes de la dite ordonnance tout ce qui est dit et allégué présentement par Jacques n'est point recevable pour prouver qu'il y a eu société faite entre Pierre et Paul. De sorte que les signatures de Pierre et Paul apposées par Pierre ès acceptations desdites trois rescriptions ou mandements en question sont nulles de plein droit, quand même il y aurait en suite de Pierre et Paul ces mots *en compagnie,* qui est le nom social (ce qui n'est pas) de sorte qu'il faut s'arrêter au texte de l'ordonnance sans y contrevenir. "

Malgré tout le respect qui est dû aux appréciations de Savary, il nous semble difficile d'admettre que ses observations soient en harmonie avec le texte de l'ordonnance et avec la pensée qui l'a inspirée. Elles nous semblent de plus contraires à toutes les règles d'interprétation. La loi impose aux personnes qui veulent s'associer, l'obligation de dresser leurs conventions par écrit, de livrer ces dernières

à la publicité; et toute infraction à ces prescriptions est punie de la " nullité des actes et contrats passés tant entre les associés qu'avec leurs créanciers et ayant cause ". Or, contre qui est dirigée cette peine? c'est évidemment contre ceux qui ont désobéi à la loi, Mais les tiers intéressés, ceux qui ont contracté avec les associés n'avaient certainement pas le devoir de faire constater les conventions sociales par écrit ni de les publier. La clause pénale édictée par la loi ne saurait donc les atteindre. Ils conservent ainsi tous leurs droits contre les associés et peuvent les poursuivre, malgré l'inaccomplissement des formalités de l'ordonnance. Décider autrement, c'est accorder une prime à la fraude et à la mauvaise foi; c'est fournir aux associés un moyen par trop simple d'obtenir la nullité d'engagements valablement contractés; c'est transformer une faute qui leur est imputable, en une source de profits et d'avantages. Or, c'est là une intention qu'on ne peut prêter au législateur de 1673.

**17.** Quoi qu'il en soit, on voit que Savary s'en tenait rigoureusement aux termes de l'ordonnance de 1673, et, en cela, il fut désavoué et par la pratique des commerçants et par la jurisprudence des Parlements. Tous les monuments du droit constatent, en effet, que cette partie de la législation ne tarda pas à tomber en désuétude et à passer à l'état de lettre morte [28]. On peut donc dire que l'innovation introduite par l'ordonnance de 1673 n'eut pas pour résultat de modifier

[28] BRILLON, v° *Société*, t. 6, p. 207.

" Du lundi 21 juillet 1681, à l'audience tenue en la grand' chambre, il a été jugé, contre la disposition précise de l'art. 6 du titre des sociétés de l'ordonnance de 1673, que, nonobstant le défaut d'enregistrement, les sociétés qui sont d'ailleurs constantes doivent être exécutées tant à l'égard des associés, leurs veuves et ayant cause que de leurs débiteurs.

" Par arrêt rendu en la cinquième chambre des enquêtes, le 7 mai 1705, il a été jugé au contraire qu'une société entre marchands n'est valable lorsqu'il n'y a point d'écrit et enregistré suivant l'ordonnance de 1673. "

DENIZART, v° *Société*, n° 22.

" La conservation de Lyon a attesté par acte de notoriété du 29 mars 1729, que l'usage de Lyon, autorisé par la jurisprudence des arrêts, est de ne pas regarder comme nullité entre les associés le défaut d'enregistrement de la société ".

Voyez une déclaration dans le même sens dans l'*Encyclopédie méthodique* de DIDEROT et D'ALEMBERT, t. 7, p. 610, et POTHIER, n° 82.

les conditions sous lesquelles les sociétés de commerce, en France, étaient considérées comme formant des personnes juridiques, et qu'à cet égard, la jurisprudence française ne se montra guère plus exigeante que l'école italienne.

## II. DE LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE.

**18.** Nous n'avons à nous occuper ici que de la société en commandite proprement dite; nous supposerons donc la convention formée entre un seul associé responsable et un ou plusieurs commanditaires; car nous venons de traiter de la société générale comprenant plusieurs associés solidaires, et la présence parmi ceux-ci d'un certain nombre de commanditaires n'est pas de nature à modifier les solutions que nous avons données.

D'après Savary, il existe deux espèces de sociétés en commandite.

La première était contractée entre deux personnes dont l'une fournissait seulement une mise en numéraire, l'autre, quelquefois de l'argent, mais toujours son industrie. Le commerce commun était géré exclusivement par celle-ci. Tous les actes nécessaires, tous les contrats sont passés par elle en son seul et privé nom; de telle sorte que cet associé est considéré par les tiers comme le seul maître du négoce. Ceux-ci ne suivent que sa foi et nullement celle de l'autre associé, qui reste totalement étranger à l'administration et ne figure dans aucune transaction. De là résulte que le premier est seul obligé envers les créanciers; le second n'est pas tenu personnellement du payement des dettes. Il ne doit les supporter que jusqu'à concurrence des fonds qu'il a mis dans la société [1]. Il va sans dire qu'il y

[1] SAVARY, t. 1, p. 346.

" Elle se fait entre deux personnes dont l'une ne fait que mettre son argent dans la société sans faire aucune fonction d'associé et l'autre donne quelquefois son argent mais toujours son industrie pour faire sous son nom le commerce de marchandises dont elles sont convenues ensemble . . . . . On nomme celui-ci complimentaire parce que c'est lui qui ordonne tous les achats de

a absence totale de raison sociale; le gérant, le complimentaire n'apposant jamais que sa seule signature, sans la faire suivre du nom de son associé. Telle était la loi de ce genre d'association.

L'ordonnance de 1673 commandait aux parties de rédiger leur convention par écrit. Elle en prescrivait aussi l'enregistrement, mais seulement quand le contrat intervenait entre négociants. Cette formalité ne devait donc pas être observée lorsque les commanditaires étaient étrangers au commerce. Or chacun sait que c'est ce qui arrivait le plus fréquemment: la commandite ayant été introduite précisément afin de permettre aux personnes auxquelles des préjugés de caste ou de profession interdisaient le négoce, de participer aux gros bénéfices qu'il procure.

**19.** Ainsi donc la commandite de l'ancien droit était une convention essentiellement secrète, dont l'existence même échappait le plus souvent à la connaissance des tiers; et là où il y avait réellement un associé, agissant en vue d'un intérêt collectif, traitant pour son coassocié aussi bien que pour lui, obligé à rendre compte au premier des bénéfices qu'il réaliserait, le public n'aperçevait qu'un commerçant gérant un fonds qui lui appartenait, stipulant, promettant exclusivement pour lui.

On le comprend donc, les mêmes questions que tantôt nous nous sommes posées à propos de la société générale, proclamant publiquement son existence, s'affirmant par l'adop-

marchandises et qui les vend, qui tire les lettres de change, qui en endosse d'autres où il ne met que sa simple signature, sans y employer celle de son coassocié. En un mot le complimentaire d'une société en commandite fait lui seul toutes choses activementet passivement sous son nom singulier, en sorte que ceux qui négocient et traitent d'affaires avec le complimentaire ne reconnaissent que lui seul et ne suivent que sa bonne foi et non celle de l'autre associé parce que son nom ne paraît jamais dans les négociations que fait le complimentaire et c'est pour cela qu'il n'est point obligé personnellement en toutes les dettes contractées d'icelle société; c'est pourquoi il n'y a que lui seul qui s'oblige et il n'oblige son associé que jusqu'à concurrence du fonds capital qu'il a apporté à la société. Cela est conforme à l'article 8 du titre 4 de l'ordonnance ci-dessus alléguée, dont voici la disposition: *Les associés en commandite ne seront obligés que jusqu'à concurrence de leur part*, c'est-à-dire de leur fonds capital ".

Voyez plus loin, n° 24, la définition donnée par CASARÉGIS de la société en commandite.

tion d'une raison sociale, reçoivent ici une solution différente.

Ainsi les créanciers de la société ne sont pas préférés sur l'actif social aux créanciers des associés. Ceux qui ont traité avec le complimentaire, ne peuvent pas évidemment se prévaloir du titre de créanciers de la société, car ce titre leur fait entièrement défaut : la société n'existe pas pour eux; ce n'est pas elle qu'ils ont entendu avoir pour débitrice. Du reste, considérée à ce point de vue, notre question est certainement oiseuse, car tous ceux avec qui le commerçant a traité comme tel, sont créanciers de la société, le commanditaire étant intéressé dans tous les contrats concernant le commerce géré par le complimentaire. Reste donc à se demander si ces créanciers, dans l'ancienne jurisprudence, n'avaient pas un droit de préférence sur le fonds de commerce à l'égard des tiers envers qui le complimentaire avait pris un engagement étranger à son négoce. Salgado et tous les jurisconsultes de la même école n'auraient pas manqué de répondre affirmativement : la loi romaine (l. 5, § 15, *de tributoria actione*), sur laquelle le premier fondait sa théorie, personnifie, en effet, le fonds de commerce administré par un négociant, reconnaît à ce fonds de commerce un actif et un passif propres et exclut de la distribution des deniers qui en dépendent ou en proviennent, tous ceux qu'on ne peut considérer comme ses créanciers : ils ont plutôt fait crédit à la maison de commerce qu'au commerçant, *merci magis crediderunt quam ipsi.* Jusqu'à quel point ces principes étaient-ils encore en vigueur avant le code de commerce? C'est ce à quoi nous ne saurions répondre d'une façon positive. Nous croyons toutefois qu'on ne les appliquait plus guère : car on n'en trouve plus trace dans les recueils de jurisprudence, ni dans les ouvrages de droit des derniers temps de la période intermédiaire.

Le complimentaire pouvait évidemment compenser une créance commune avec une dette contractée par lui en dehors de son négoce. Du complimentaire au tiers, la compensation était parfaitement valable : car pour celui-ci, le complimentaire était un créancier personnel et ne représentait pas une autre personne. Mais du complimentaire au commanditaire, la question est bien différente. Le premier est tenu de faire raison au second de toutes les valeurs qu'il a perçues ou qu'il

aurait dû percevoir. Si donc il s'est mis, par son fait, dans l'impossibilité d'exiger le payement de ce qui est dû à la maison de commerce, il est obligé, sur ses biens propres, de réparer ce préjudice envers son coassocié.

De même, la cession consentie par le complimentaire de tout ou partie du fonds de commerce est valable à l'égard du tiers acquéreur, quand même elle serait prohibée par la convention sociale. Car les clauses de cette convention ne peuvent être opposées à celui qui les ignore, et qui n'est pas lié par elles. Mais, encore une fois, le complimentaire est responsable vis-à-vis de son coassocié de la violation de ses engagements.

Il va sans dire que, la substance de l'association résidant tout entière dans la personne du complimentaire, c'est lui seul qu'il peut être question de poursuivre en justice en exécution de ses obligations.

**20.** Dans l'espèce de société en commandite dont nous venons de nous occuper, nous voyons l'associé commanditaire s'abstenir de toute gestion. C'est en cela précisément qu'elle diffère d'un autre genre d'association en commandite dont Savary nous entretient. " Il faut remarquer, dit-il, qu'il y a des sociétés dont les associés en commandite agissent chacun séparément, particulièrement quand le commerce qu'elles comprennent est pour les pays étrangers; l'un demeurera, par exemple, à Paris et achètera toutes les marchandises sous son nom sans qu'il soit fait mention de son associé, et l'autre demeurera en Espagne à Madrid pour faire, aussi sous son nom la vente des marchandises qui lui seront envoyées par son associé, sans qu'il soit parlé de celui de Paris. En ce cas chacun des associés s'oblige en son nom sans obliger son associé; et pour faire le commerce de cette société, il y a ordinairement deux maisons de commerce, l'une à Paris pour faire les achats de marchandises, l'autre à Madrid pour en faire la vente [2] ".

Ainsi donc ici, chaque associé prend part à la gestion; il y coopère de la façon la plus active; et cependant, aux yeux de Savary, il n'y a qu'une simple commandite; il n'y a pas là société générale; chaque associé n'oblige que

[2] SAVARY, t. 2, p. 185.

lui-même, par le motif qu'il souscrit ses engagements de son nom seul et nullement de la raison sociale.

**21.** Voici une espèce assez curieuse dont s'occupe Savary et que nous croyons devoir reproduire pour rendre sa pensée plus saillante.

Fournier, Jean et Paul Langlois s'associent avec Delamarre pour se livrer à la manufacture des marchandises de drap d'or, d'argent et de soie. Les trois premiers font une mise en espèce; le quatrième n'apporte que son industrie. Tous les quatre font des actes de gestion bien caractérisés. Jean et Paul Langlois se chargent de faire venir d'Italie et d'autres lieux toutes les soies qui seront nécessaires pour l'exploitation de la fabrique. Delamarre fabriquera et pourra vendre ses produits en tous lieux excepté à Paris où les marchandises communes ne peuvent être débitées que par l'entremise de Fournier. La manufacture portera le nom de *Manufacture de Delamarre.* Ces derniers mots seront imprimées sur des étiquettes à apposer sur chacune des pièces d'étoffe fabriquées. Les pertes seront supportées de la manière suivante : trois huitièmes par Fournier, trois huitièmes par Jean et Paul Langlois, deux huitièmes par Delamarre. Celui-ci cependant ne subira les pertes que jusqu'à concurrence du profit qu'il réalisera; en d'autres termes, il n'en est pas tenu [8].

Une clause spéciale défend à chacun des associés de signer ses billets ou promesses autrement que de son nom; et, à ce sujet, Savary fait les réflexions suivantes : " C'est que cette société n'a aucune raison des noms collectifs, étant une commandite où chacun des associés a ses fonctions à part et séparées les unes des autres pour agir chacun en son nom particulier..... n'en étant pas de même d'une commandite comme d'une autre société dont la raison est composée de noms collectifs qui s'obligent les uns les autres solidairement quand quelqu'un des associés signe pour les autres tel et tel en compagnie; car les associés en commandite ne s'obligent pas les uns les autres comme il a été dit ci-devant, quoique les choses qu'ils traitent aillent au bien et à l'avan-

[8] Ibid., t. 1, p. 391.

tage de la société, mais seulement chaque associé en particulier s'oblige en son propre et privé nom aux choses auxquelles il s'est obligé de faire par l'acte de société. " Si donc la société en commandite en question diffère dans ses effets, dans ses résultats, de la société collective, cela tient simplement à ce que les associés n'emploient pas de raison sociale. Pour le reste, elle est soumise au même régime; il faut qu'elle soit publiée conformément à l'ordonnance, parce qu'elle est contractée entre commerçants. L'existence de cette société sera donc révélée au public qui connaîtra ainsi les noms des associés, le moment où la société commence, et celui où elle doit finir. Mais on se tromperait si l'on croyait que cette mesure est prise dans l'intérêt des créanciers avec qui les associés pourraient contracter à raison des affaires communes; elle n'a pour but que de sauvegarder l'intérêt des créanciers personnels des associés. " La connaissance, dit Savary, qu'ils auront de cette société est seulement qu'en cas de faillite de l'un ou l'autre des associés qui serait causée par l'impuissance où ils seraient pour les pertes qu'ils auraient faites dans les commerces par eux faits pour leur compte particulier qui ne regarde point la société, *leurs créanciers puissent connaître tous leurs effets pour y avoir recours.* Car, par exemple, Jean et Paul Langlois, marchands en la ville de Lyon, peuvent faire d'autres commerces dans lesquels ils pourraient faire des pertes si considérables qu'elles causeraient leur impuissance, et par conséquent leur faillite, de sorte que leurs créanciers ayant connaissance que leur débiteur a contracté société en commandite, ils pourront, *en exerçant les droits de leurs débiteurs,* demander raison aux autres associés tant du fonds capital que des profits qui auraient été faits par la dite société.

" Et si l'extrait de cette société n'était pas enregistré au greffe de la juridiction consulaire ou autres lieux portés par l'ordonnance, ils n'en auraient pas connaissance; ainsi, la société étant secrète, ce serait un effet perdu pour eux, si leur débiteur était assez méchant pour leur en ôter la connaissance ou si pour cela les autres associés voulaient le favoriser; c'est pour ces raisons qu'il est nécessaire *pour l'intérêt public* que cette société soit enregistrée. "

**22.** Ces observations de Savary ne manqueront pas de troubler les idées qu'on peut s'être formées au sujet du but de l'ordonnance de 1673. En tout cas, elle prouvent que, dans la pensée de Savary, la société en commandite, telle qu'il la conçoit, ne constitue pas une personne morale; les choses communes ne forment le gage exclusif d'aucun des créanciers des associés, puisque tous sont admis à faire valoir " les droits de leur débiteur dans l'actif commun. " La société en commandite est, avant tout, pour les tiers *res inter alios acta*, une convention tout intérieure, hors d'état de conférer au créancier d'un associé aucun droit contre le coassocié de son débiteur. S'il restait quelques doutes à cet égard, ils ne résisteraient pas aux observations que Savary présente au sujet d'une société en commandite dont il s'occupe dans son parère 52.

**23.** Renoult, Thouret et Noël fondent une société en commandite pour l'exploitation d'une maison située dans l'île Saint-Christophe en Amérique. Renoult en est le gérant et doit en envoyer les produits à Thouret à Rouen, qui les vendra pour le compte de la société.

Noël, l'un des associés, mande à Boisset de Bordeaux, d'acheter des marchandises et de les expédier à Renoult. Boisset consent, mais à la condition de participer " d'un huitième tant dans l'achat que dans la vente des dites marchandises " en commun avec les trois autres associés. Peu de temps après, Boisset demande à Renoult compte de son huitième. Renoult répond qu'il a adressé à Thouret des marchandises échangées contre une partie de celles reçues de lui Boisset et que le prix du reste a servi à acquitter des dettes de la société. Alors Boisset assigne Thouret et Noël en reddition du compte de la vente des dites marchandises et en payement de son huitième.

Savary estime que cette action est mal fondée, parce que Noël a donné commission à Boisset, en son nom seulement, de faire l'achat en question. Il n'a donc pas obligé la société Renoult, Thouret, Noël. Ensuite Boisset, en envoyant ses marchandises à Renoult, en chargeant celui-ci de les vendre à la condition que lui Boisset participerait pour un huitième " dans l'achat et la vente des dites marchandises ", a suivi

uniquement la foi de Renoult, qu'il faut considérer simplement comme commissionnaire et non comme associé de Noël et de Thouret. En conséquence, Boisset n'a d'action pour le tout que contre Renoult. Mais comme celui-ci a adressé à Thouret une partie du " provenu des marchandises ", Boisset peut demander compte à lui et à Noël de ce qu'ils ont reçu à cette occasion, afin d'en obtenir son huitième. Pour le surplus, il doit s'adresser à Renoult. S'il poursuit celui-ci en paiement du tout, il pourra saisir la maison sise en l'île Saint-Christophe, bien qu'elle n'appartienne pas exclusivement à Renoult et qu'elle ait été construite des deniers de Noël et de Thouret. Car la société est une société en commandite, et ces derniers sont obligés au payement des dettes sociales jusqu'à concurrence des sommes mises par eux dans la société.

**24.** L'associé commanditaire n'est donc tenu des dettes que jusqu'à épuisement des fonds qu'il a mis dans la société. Mais supposons qu'il soit en retard de parfaire la mise qu'il s'est obligé de verser. Sera-t-il tenu des pertes vis-à-vis des tiers dans les limites de cette mise, en ce sens que les créanciers pourront l'actionner en payement de ce qu'il reste devoir ?

Bédarride répond affirmativement; selon lui le commanditaire, dans l'ancien droit, était obligé personnellement envers les créanciers de la société, si pas d'une façon indéfinie, du moins dans les limites de l'engagement pris par lui envers le complimentaire. Il invoque à l'appui de sa thèse différents passages d'auteurs italiens tels que Casarégis, Ansaldus, et autres; mais il nous semble que ces textes, loin de lui venir en aide, le condamnent au contraire de la façon la plus positive.

Le caractère que la commandite revêtait dans l'école italienne, ne différait pas de celui qui lui était attribué par la jurisprudence française. Le commanditaire était inconnu des tiers; et les créanciers, ne suivant pas sa foi, n'avaient aucune action contre lui.

Voici ce que Casarégis dit dans son discours 29, n° 4 :

" Accomandita sive societas per viam accommanditæ quæ multum solet practicari Florentiæ nihil proprie aliud est quam communis negotiatio inter accomandantes et accomandatarium pro capitalibus respective ab eis in negotiis

expositis, in qua non expenditur nomen accomandantium sed accomandatarii duntaxat et sic jus formale ipsius negotii residet penes accomandatarium qui habet totale exercitium administrationis et proprió nomine contrahit et distrahit, et accomandans habet tantum interesse pro rata capitalis immissi, non vero pro proprietate in jure formali ipsius negotii ita ut dici nequeat quod vel ex mandato expresso, vel tacito accomandantium, contrahentes cum negotio sequuntur fidem et personam dictorum accomandantium ".

Si la société faisait des pertes, ces pertes ne pouvaient pas affecter les commanditaires au-delà des capitaux qu'ils avaient mis dans l'affaire. " Hujus modi enim accomandantes seu participes in accomandita *non obligantur erga creditores* accomanditæ ultra capitalia per eos respective in negotio exposita. " Bédarride induit de ce passage que les commanditaires qui n'avaient pas versé leur mise entière, pouvaient être poursuivis par les créanciers jusqu'à concurrence du manquant. Mais telle n'est pas la pensée de Casarégis : car il ne suppose pas que les commanditaires soient en retard d'effectuer leur mise; il raisonne comme si cet apport était pleinement réalisé. Il parle, en effet, de *capitalia in negotio exposita.* Cela étant admis, il faut conclure que Casarégis considère ici comme responsable vis-à-vis des créanciers, non pas tant la personne des commanditaires, que le fonds commun comprenant les sommes qu'ils y ont mises. Ils se trouvent ainsi obligés par le fait que leurs capitaux le sont. C'est bien ce qui ressort de l'extrait suivant d'Ansaldus. Il est même impossible de rendre d'une façon plus saisissante et plus expressive la vérité que nous cherchons à établir :

" Ubi quod tam ex lege accomanditæ quam ex dispositione statuti florentini quoties accomandantes non sunt nominati, creditores dici nequeunt contraxisse cum accomandantibus non nominatis, sed solum cum ipsa ratione vel personis nominatis. Ideoque non possunt accomandantes in hoc casu teneri erga eosdem creditores nisi ratione rei, seu illius limitati capitalis cum quo contribuerunt ad efformandam illam rationem ac personam formalem ac intellectualem et cum qua creditores tantummodo contraxerunt " [4].

[4] ANSALDUS, Disc. 98, n° 59.

De son côté, la rote de Florence dit : " Complimentarius habet facultatem socios accomandantes *obligàndi in sqlidum sed pro rata capitalis immissi* " [5]. La contradiction contenue dans cette phrase est insurmontable, si l'on maintient l'obligation personnelle des commanditaires. Elle s'évanouit, au contraire, si l'on admet, avec nous, qu'ils se trouvent obligés par l'entremise de la personne morale seulement.

**25.** Ce qui achève de tromper Bédarride, c'est une prétendue opposition qu'il croit apercevoir entre les principes de la commandite et les règles de la *participation* admises par la jurisprudence italienne. Ainsi, d'après lui, la commandite ne se confondait pas avec la participation : car les commanditaires étaient considérés comme des associés et qualifiés tels, tandis que cette dénomination était refusée aux *participants* : " Particeps vero non socius est ". D'un autre côté, le commanditaire était tenu personnellement vis-à-vis des créanciers : " Non obligantur erga creditores ultra capitalia exposita ". Le participant ne pouvait être actionné par ceux-ci : " Nequeunt conveniri a creditoribus societatis [6] ".

Il est impossible d'avoir la main plus malheureuse que ne l'a eue Bédarride dans le choix des extraits d'auteurs qu'il produit à l'appui de sa thèse. Dans tous les passages qu'il cite, le terme *particeps* est précisément employé pour désigner l'associé commanditaire. De sorte que, loin qu'il y ait entre le *participant* de l'école italienne et le commanditaire la différence qu'il signale, ces deux personnes se confondent, et tout ce qu'il dit de la première s'applique parfaitement bien à la deuxième. C'est ce que nous allons démontrer.

**26.** Dans son discours 29, Casarégis désigne indifféremment le commanditaire sous le nom de *accomandans* et sous celui de *particeps*. Ainsi il dit : " Hujusmodi accomandantes seu participes in accomandita non obligantur, etc."

Plus loin, il se demande quelle qualité il faut attribuer à un associé quand il y a doute, celle de commanditaire ou celle d'associé solidaire. Et il se prononce pour la première :

[5] J. Urcolii, *Decisiones inclytæ rotæ florentinæ*, Dec. 47, nos 1 et seq.
[6] Bédarride, *Des sociétés*, n° 174.

" Semper pro accomandita judicandum est præsertim si accomandantes nominati fuerint PARTICIPES et de eorum PARTICIPATIONE semper mentio facta fuerit. "

Au n° 38 du même discours, Casarégis décide qu'une personne peut être reçue en qualité de commanditaire dans une société déjà commencée : " Nam sicuti ipsi non sunt socii neque in jure formali negotii considerantur condominii sed solum PARTICIPES, etc. "

Disons en passant qu'il résulte de ceci que, s'il arrive à Casarégis d'accorder au commanditaire la qualité d'associé, il lui arrive aussi de la lui refuser.

Dans son discours 147, Casarégis nous entretient de deux sociétés formées avec le concours de commanditaires; et, pour caractériser leur position dans la société, il emploie l'expression *participabant* : " Geminæ Liburni fuerunt erectæ societates quarum una sub nomine Raphaelis Vernacciæ et Andreæ Antonii Davanzati, in qua pro majore parte corporum PARTICIPABANT D. Marchio Bartholomæus Corsini et fratres ac D. Joannes Baptista Orlandini *quamvis in illa eorum nomen minime expenderetur;* altera etc. "

Dans les décisions de la rote de Gênes, le mot *particeps* est employé dans le même sens. Ainsi Nicolas, Jean-Jacques et Paul de Auria s'associent pour faire le commerce, *exercere traficum,* sous leurs trois noms; Dominique Spinula leur confie de l'argent avec stipulation qu'il sera associé dans la perte et dans le gain. La Rote, appelée à déterminer la nature de ce contrat, appelle Dominique Spinula participant commanditaire : " eum *participem commendantem,* vel committentem deponentem, vel mutuantem esse. " [7]

Dans la décision 173, on voit figurer les noms d'Etienne Cicada et de Jean-Baptiste Grimaldi, associés solidaires (socii in solidum), à côté de celui de Jean Grimaldi, participant (particeps) dans la même société.

Le décision 27 va même plus loin; elle qualifie du nom de *participants,* trois personnes qui s'étaient associées *pour un terme de trois ans* en vue de faire le commerce.

On voit par toutes ces citations, et nous pourrions les

[7] STRACCHA, p, 149, D. 39, n$^{os}$ 3, 6, 10.

multiplier encore, que le contrat désigné dans l'école italienne par l'expression *participatio*, n'avait rien de commun avec l'association en participation moderne, association toute momentanée, relative à une ou plusieurs opérations déterminées. La *participatio* de Casarégis, d'Ansaldus, des tribunaux de commerce italiens était véritablement ce que notre législation désigne du nom de société en commandite; le *particeps* était un commanditaire.

C'est donc bien au commanditaire qu'il faut attribuer le bénéfice de la déclaration suivante de Casarégis que Bédarride invoque bien à tort pour soutenir sa thèse : " Maxima est differentia inter socium et participem et sic diversi in jure producuntur effectus quorum præcipui sunt quod participes non teneantur nisi ad ratam capitalis pro quo participant in negotio. Neque ipsi possunt contra debitores societatis agere, *neque conveniri valent a creditoribus societatis.* "

C'est dans le même sens que la rote de Gênes dit : " Licet Dominicus socius lucri esset et damni, non tamen per omnia socius est : nam socius agit contra sociales debitores et a socialibus creditoribus convenitur, cum sub ejus nomine expresso vel tacito sit contractum; si vero socius quis non sit ut quia particeps, (prout communiter appellatur) tunc ex quo debitores aut creditores sociales secum non contraxerunt, *talis non agit nec convenitur.* [8] "

**27.** En résumé, il nous semble établi à la dernière évidence que l'associé commanditaire de l'école italienne n'avait jamais rien à démêler avec les créanciers de l'association; il n'était obligé qu'à l'égard des associés solidaires. Les créanciers n'avaient donc aucune action directe à exercer contre les commanditaires non libérés. Ils pouvaient tout au plus les poursuivre au nom des associés responsables, leurs seuls débiteurs. Mais alors ils avaient à subir la concurrence de tous les autres créanciers de ceux-ci, et pâtissaient des exceptions que le commanditaire pouvait opposer à ses coassociés [9].

[8] Straccha, p. 149, D. 39, nos 6, 9.

[9] L'école italienne établissait donc, vis-à-vis des tiers, une profonde démarcation entre le *socius* et le *particeps*. Mais quand il s'agissait d'apprécier les relations intérieures du *socius* et du *particeps*, toute distinction s'évanouissait. Ainsi la rote de Gênes, intervenant dans une contestation survenue entre

Ces principes sont bien aussi ceux de la jurisprudence française. La justification de cette proposition se trouve écrite dans le parère 52 de Savary, dont nous nous sommes occupé plus haut, n° 23. Ainsi Boisset n'a pas d'action directe contre Thouret et Noël, les associés *commanditaires* de Renoult. Il n'a d'action personnelle que contre ce dernier. Le seul droit qu'il puisse exercer contre eux, consiste à saisir la maison commune à la construction de laquelle ils ont concouru à l'aide de leurs deniers. Il suit de là que, s'ils n'avaient pas versé toute la somme qu'ils avaient promise, Boisset n'aurait pu leur réclamer le manquant.

## III. DES SOCIÉTÉS ANONYMES.

**28.** La société anonyme de l'ancien droit n'avait rien de commun avec la société anonyme du code de commerce. La dénomination d'anonyme lui venait de ce que les associés ne contractaient pas sous le symbole d'une raison sociale.

Le caractère propre de cette association était de n'avoir pour objet qu'une opération unique de commerce; chacun des associés agissait sans nommer son coassocié et comme s'il était l'unique maître de l'affaire. En considération du peu de temps qu'elle devait durer, cette société n'était pas soumise aux formalités qui régissaient la société générale [1].

Etienne Cicala et Jean-Baptiste Grimaldi associés solidaires, d'un côté, et Jean Grimaldi participant, de l'autre, condamna solidairement Jean-Baptiste Grimaldi en sa qualité de gérant envers Jean Grimaldi à lui restituer son capital et sa part de bénéfices. Elle lui reconnut, sous ce rapport, les mêmes droits qu'à un associé, " considerans de jure participem pro socio haberi, cum participare in aliqua societate tam de lucro, quam de damno proportionabiliter nihil aliud sit, nisi socium esse : societas enim est participatio lucri, et damni; et re vera hæc duo nomina socius et particeps in alio non dissentiunt quam in nomine : effectu enim in omnibus sibi invicem concordant. "

D. 46, 1, p. 155.

[1] SAVARY, t. 2, p. 346.

Voici ce qu'on lit dans le même auteur, t. 1, p. 368 :

" Il reste maintenant d'expliquer la troisième sorte de société qu'on appelle *anonyme*, qui se fait aussi parmi les marchands et négociants. Elle

**29.** D'après Savary, il existait quatre espèces de sociétés anonymes. " La première, dit-il, est celle qu'on appelle, parmi les marchands et négociants, compte en participation. " Elle a lieu entre deux marchands résidant dans deux localités différentes. L'un d'eux, par exemple, qui habite Marseille, ayant appris qu'il se présente une occasion avantageuse de faire un achat de marchandises, mande à son correspondant de Paris " s'il veut participer dans l'achat et la vente " de ces marchandises. Si celui-ci accepte, il se forme entre les parties une société " participe ou anonyme ". Le négociant de Paris participe alors dans les profits et pertes selon la part convenue; et il est obligé d'indemniser son coparticipant " tant pour le payement de sa part de l'achat que pour les pertes qui se feront en la vente ". De son côté, le négociant de Marseille devra lui rendre un compte exact des résultats que l'opération est appelée à produire. Mais c'est lui seul qui traite avec le propriétaire des marchandises, absolument comme s'il était l'unique intéressé. Son coparticipant ne contracte aucune obligation et ne peut être actionné en payement d'aucune partie du prix.

Cette société n'existant pas pour les tiers, ne leur important en aucune façon, les conditions qui ont présidé à sa formation ne doivent pas être enregistrées.

Si les marchandises achetées à Marseille sont ensuite

s'appelle ainsi parce qu'elle est sans nom et qu'elle n'est connue de personne comme n'important en façon quelconque au public. Tout ce qui se fait en la négociation ne regarde que les associés chacun en droit soi, de sorte que celui qui achète est celui qui s'oblige et qui paye au vendeur, celui qui vend reçoit de l'acheteur; ils ne s'obligent point tous les deux ensemble envers une tierce personne, il n'y a que celui qui agit qui est le seul obligé; ils le sont seulement réciproquement l'un envers l'autre, en ce qui regarde cette société. Il y en a qui sont verbales, d'autres par écrit; et la plupart se font par lettres missives que les marchands s'écrivent respectivement l'un à l'autre; les conditions en sont bien souvent brèves, n'y ayant qu'un seul et unique article et elles finissent quelquefois le même jour qu'elles sont faites ".

De son côté Pothier écrit ce qui suit (n° 61) :

" La société anonyme ou inconnue qu'on appelle aussi compte en participation, est celle par laquelle deux ou plusieurs personnes conviennent d'être de part dans une certaine négociation qui sera faite par l'une d'entre elles en son nom seul ".

transmises au négociant de Paris, avec mission d'en opérer la vente, le négociant de Marseille n'aura aucune action contre les acquéreurs, sous prétexte qu'il participe en icelles; " ils ne sont obligés qu'envers le premier parce qu'il a vendu en son propre nom. De là suit que, si celui-ci faisait faillite, ses biens seraient partagés entre tous ses créanciers au sol la livre; et le négociant de Marseille entrerait dans la faillite comme les autres pour ce qui lui serait dû par le négociant de Paris, tant pour son fonds capital que pour les profits qui auraient été faits en la vente de la marchandise; c'est une jurisprudence qui est en usage dans le commerce parmi les négociants. Il faut en cela que l'associé anonyme, c'est-à-dire inconnu, suive la bonne foi de celui auquel la marchandise a éte mise entre les mains pour en faire la vente et lui tenir compte de la part qu'il y a tant en capital que profits. Et si cela n'était ainsi, il n'y aurait plus de sûreté dans le commerce. "

Cependant si les deux négociants avaient partagé les marchandises achetées et que celui de Marseille eût envoyé à celui de Paris sa part " marquée à sa marque, pour la vendre par commission pour son compte particulier, " les objets qui la composent demeureraient sa propriété jusqu'au moment de la vente, et la faillite du négociant de Paris ne s'opposerait pas à ce que celui de Marseille exerçât de son chef une action en revendication.

La seconde société anonyme se contracte entre deux marchands qui se rendent aux marchés et foires; elle a pour but d'éviter l'enchérissement de certaines marchandises produit par la concurrence des acheteurs. Après avoir déterminé d'un commun accord le prix qu'ils entendent en offrir, ils opèrent chacun de son côté, mettent en commun le résultat de leurs acquisitions, puis partagent le tout suivant la proportion convenue [2].

La troisième société constitue le contrepied de la précédente. Elle est formée entre tous les détenteurs d'une même denrée et a pour objet de prévenir l'avilissement de celle-ci. L'acquéreur est, en effet, forcé de subir malgré lui le prix qu'ils ont fixé d'avance.

[2] Savary, t. 2, p. 507.

" Ces sortes de sociétés, dit Savary, sont imprévues; elles se font sur le champ par des paroles verbales que les marchands se donnent réciproquement les uns aux autres, qui ne sont cimentées bien souvent que sur la foi des marchands, à laquelle ils ne contreviennent guères ".

La quatrième espèce de société anonyme a lieu entre négociants désireux de spéculer sur la différence des prix atteints par une même denrée dans des pays différents. L'un des associés se rend dans le pays où elle est abondante, en acquiert la quantité voulue et expédie celle-ci dans le pays où elle est rare. " Comme la négociation, dit Savary, est un peu longue, les associés font l'acte de leur société par écrit sous leurs seings privés; néanmoins comme elle n'est faite que pour un seul achat seulement, ils ne donnent point de raison à cette compagnie. Cette espèce de société s'appelle anonyme parce qu'elle n'a point de raison sous des noms collectifs comme des sociétés ordinaires qui annoncent en traitant de leur commerce tel et tel en compagnie, dans l'achat et la vente de leurs marchandises, et dans les actes qui sont faits en conséquence ".

**30.** D'après ce qui précède, les caractères de la société anonyme sont faciles à définir.

La société anonyme est constituée en vue d'une opération unique bien déterminée, et prend fin dès que le but désiré est atteint [3]. Elle n'est pas contractée en vue d'opérations successives pouvant se renouveler indéfiniment pendant un laps de temps convenu; aussi cette association a-t-elle ordinairement une durée fort courte. Elle est essentiellement occulte; elle reste ignorée des tiers et n'est par conséquent pas soumise à la formalité de l'enregistrement; elle est valable indépendamment de toute condition d'écriture [4].

[3] SAVARY, t. 2, p. 185. " La troisième sorte de société est celle qu'on appelle anonyme ou compte en participation, c'est-à-dire que deux marchands se seront associés pour faire *un seul* achat de marchandises pour les partager ensuite ensemble ou bien pour la vente d'icelles faite par l'un d'iceux associés, et en rendre compte à l'autre; c'est pourquoi on appelle aussi cette société compte en participation et momentanée parce qu'elle n'est faite que pour *un seul* achat et vente de marchandises, etc. "

*Ibid*, t. 2, p. 507. " Cette société est aussi appelée momentanée parce qu'elle ne dure qu'autant de temps qu'il en faut pour acheter et partager les marchandises. "

[4] SAVARY, t. 2, p. 185.

Elle n'a pas de raison sociale, chaque associé opérant sous son nom propre comme s'il était l'unique maître de l'affaire. En conséquence, lui seul se trouve obligé envers ceux avec qui il a contracté [5]; ceux-ci n'ont aucun droit contre ses coassociés. D'un autre côté, les associés n'ont point d'action directe contre les débiteurs de leur coparticipant et ils ne peuvent exercer sur le patrimoine de celui-ci aucune poursuite à titre de propriétaire; ils ne peuvent, sous prétexte de participation, soustraire à l'action des créanciers de leur associé aucune partie des valeurs dont il est détenteur. Ils n'y peuvent prétendre qu'à titre de créanciers, du chef de leur fonds capital et de leur part dans les bénéfices réalisés.

**31.** La société anonyme, d'après la définition même donnée par Savary, est formée pour faire " un seul achat de marchandises ". Les associés ne se proposent donc qu'une seule opération de commerce déterminée d'avance. Cependant le même auteur nous signale une société contractée entre plusieurs individus dans le but de se livrer au " commerce de vins, d'eau-de-vie et autres marchandises "; et il la qualifie de société en participation. Elle offre cependant tous les caractères de la commandite tels que nous les avons constatés plus haut à l'égard de la société formée entre Fournier, les frères Langlois et Delamarre. Chacun des associés coopère à l'œuvre commune de la manière déterminée par la convention; mais il agit toujours en son nom seul et sans jamais recourir à la raison sociale. Nous ferons remarquer à ce propos que la société en commandite de l'ancien droit se rapprochait considérablement de la société anonyme, et même, dans certains cas, la ressemblance dégénérait en confusion. L'espèce rappelée par Savary nous démontre l'exactitude de cette proposition. L'encyclopédie méthodique de Diderot et d'Alembert fait la même observation. " La société anonyme, y est-il dit, ressemble à la société en commandite en ce que, dans l'une et dans l'autre, il n'y a que l'un des associés qui contracte

[5] SAVARY, t. 2, p. 471.

T. 2, p. 507. " Ce marchand vendeur n'a point pour cela aucune action ni personnelle ni solidaire contre celui des associés qui n'a point acheté : la raison est qu'il a seulement suivi la bonne foi de l'associé qui a acheté de lui et non de l'autre qui lui était resté inconnu ".

et qui s'oblige envers les créanciers de la société; l'autre associé, qui est associé inconnu dans les sociétés anonymes, de même que l'associé en commandite, n'y sont obligés qu'envers leur associé principal ". Nous ajouterons que la société anonyme, pas plus que la société en commandite, ne constituait une personne morale.

**32.** Les caractères de la société anonyme, tels que nous venons de les indiquer, servent précisément à marquer la différence qui sépare cette société de la société générale et collective de l'ancien droit. Celle-ci se proposait toujours d'exploiter une branche de commerce déterminée, considérée dans son ensemble, pendant une période de temps convenue. Elle était donc formée en vue de toutes les opérations successives, de tous les actes de commerce spéciaux, quel qu'en fût le nombre, à l'aide desquels le but qu'on se proposait pouvait être atteint. C'est de là précisément que lui venait son nom de société générale. La société anonyme, on l'a déjà vu, était au contraire qualifiée de momentanée, parce qu'elle n'avait pour objet qu'une seule opération de commerce, à la perfection de laquelle elle-même ne devait pas survivre. Savary, voulant, dirait-on, rendre cette différence plus saillante, va jusqu'à nommer la première société, société générale collective et continue [6]. Ailleurs encore, appelé à déterminer le caractère d'une association, il décide " que c'étaient des comptes en participation ou sociétés momentanées qui se faisaient entre le dit du Pin et l'intimé, en différentes occasions et diverses reprises pour vendre les marchandises de toiles qu'ils mettaient en commun, à mesure qu'ils se présentaient, et non un commerce continu sur un fonds capital fixe pour plusieurs années comme font les associés dans une société générale et collective [7] ".

On voit encore, en parcourant l'œuvre de Savary, que toutes les fois qu'il s'occupe d'une société collective, elle a pour objet de *faire le commerce* en général ou d'exploiter une branche spéciale du commerce pendant un nombre d'années déterminé (t. 2, parère 49, parère 65 p. 506; t. 1, p. 11); on y remarque que la société générale et collective

[6] T. 2, p. 790.
[7] Parère 65.

peut embrasser le commerce en gros aussi bien que le commerce de détail (p. 346 et suiv., p. 372). Le formulaire tracé dans ce dernier passage, porte ce qui suit : " Nous soussignés, marchands de draps d'or, d'argent et de soie, confessons avoir fait et faisons ensemble le présent traité et compagnie pour tous les négoces dont se mêlent et négocient les marchands de notre corps, et ce pour six années consécutives etc. " (V. aussi p. 377 et p. 387).

**33.** La conclusion générale à tirer de cette étude sur les sociétés commerciales du droit ancien, consiste à dire que la personnification civile n'était attachée qu'à celles de ces sociétés qui avaient adopté une raison sociale, c'est-à-dire à la société proprement dite, à la société en nom collectif. L'emploi de cette raison obligeait tous les associés, et le créancier avait contre chacun d'eux une action solidaire. Il en était autrement des sociétés qui n'avaient pas adopté de raison sociale, alors même que l'on avait fait connaître l'existence de l'association et les noms des associés conformément à l'ordonnance de 1673. Chaque associé contractait en son nom et n'obligeait directement et personnellement que lui-même.

## CHAPITRE II

—

## DES SOCIÉTÉS CIVILES

**34.** La société civile était régie anciennement par le droit coutumier et par le droit romain. Il importe donc de rechercher la solution que notre question recevait sous l'empire de chacune de ces deux législations.

### I. COUTUMES

**35.** A l'époque des coutumes, on induisait une convention de société de ce que plusieurs personnes avaient vécu pendant

un certain temps dans la même habitation, en confondant leurs biens et en se communiquant leurs gains et leurs pertes (*Coutume du Nivernois,* art. 2, chap. 22. — Delaurière sur Loysel, n° 378).

Parmi les sociétés tacites, il faut avant tout distinguer les associations agricoles, établies dans les champs entre personnes de condition servile (Coquille, sur l'art. 3, chap. 22, *Nivernois*). Elles étaient très-fréquentes (Lebrun, *Traité des communautez ou sociétés taisibles,* préface; Coquille, *Ibid.,* art. 18, chap. 6) ; et par suite de l'importance même de leur objet, le législateur de l'époque chercha de bonne heure à en assurer la permanence. C'est dans le but de maintenir l'union entre les individus souvent fort nombreux qui composaient ces associations et dont le concours était indispensable à l'exercice de l'industrie agricole, que l'on introduisit le principe d'après lequel on ne pouvait succéder à ses parents, ni recevoir d'eux par testament, que si l'on habitait avec eux lors de leur décès, si l'on formait avec eux une même communauté (art. 7, chap. 8, *Nivernois;* et Coquille sur cet art., p. 131). La succession d'un homme serf qui décédait sans " hoirs communs " passait au seigneur.

C'est pour le même motif que les associations dont il est question, ne se dissolvaient pas par la mort de l'un des personniers. Pour y mettre fin, il fallait une dissolution expresse ou une dissolution tacite. Celle-ci avait lieu lorsque les associés " tenaient chacun un ménage à part et avaient leur pain et sel à part par an et jour " (Coquille, art. 8., ch. 6).

D'après la coutume, il y avait également société tacite entre les personnes de condition libre, majeures de 20 ans, usant de leurs droits, c'est-à-dire affranchies de la puissance paternelle, lorsqu'elles avaient vécu de la même vie, dans la même demeure et avaient confondu leurs biens pendant un an et jour, sans réserves ni protestations et avec l'intention d'être associées (Lebrun, ch. 2, n$^{os}$ 6 et suiv.).

Cette association et la communauté des champs étaient soumises l'une et l'autre aux mêmes principes, c'est pourquoi nous les réunissons ici.

**36.** L'actif de la société embrasse les meubles possédés par les associés au moment du contrat et ceux acquis dans la

suite, à quelque titre que ce soit, ainsi que les immeubles acquis pendant la communauté à titre onéreux (*Nivernois*, ch. 23, art. 3, et Coquille sur cet art.). Lebrun joint à cette énumération les immeubles donnés à l'un des associés par un collatéral ou par un étranger (ch. 3, n° 3).

**37.** Les associés chargeaient le plus souvent un des leurs de l'exploitation commune. S'ils n'avaient pas désigné de gérant, aucun des associés, dit Lebrun, en s'obligeant, ne pouvait engager la société. Il ne l'obligeait " pas même indirectement, en sorte que le créancier pût exercer contre la société les droits de l'associé avec qui il avait contracté " (ch. 4, n° 3).

Il oblige cependant la communauté lorsque l'acte a tourné au profit de celle-ci (Lebrun n$^{os}$ 1 et 2 ; Coquille, art. 5, ch. 22, p. 204, col. 2), et lorsqu'un débiteur de la société paye entre ses mains (Lebrun, n° 3).

**38.** Lorsqu'au contraire, un des associés a été préposé en qualité de chef, facteur (Lebrun, ch. 4, n$^{os}$ 1 et 4) ou maître de la communauté (Coquille, question 58), il a pouvoir d'obliger celle-ci, quand même il ne paraîtrait pas que l'engagement contracté par lui eût tourné au profit de la société (Lebrun, ch. 4, n° 3). Mais le gérant doit avoir agi comme tel, et le créancier doit être de bonne foi. Pour que le tiers soit de bonne foi, il faut que l'acte intervenu entre lui et le gérant constitue un acte d'utile administration (Coquille, art. 5, ch. 22).

Le maître de la communauté peut disposer des meubles de la société. Coquille dit : " Il peut obliger ses personniers en contractant sur meubles et pour affaires mobilières " (Coquille, *ibidem*). Mais il lui est défendu de disposer des immeubles de la communauté; il ne peut les aliéner ni les hypothéquer sans le concours des autres associés (Lebrun, *ib.*).

Il a qualité pour introduire seul en justice les actions mobilières et possessoires qui intéressent la communauté, et pour répondre à celles que l'on formerait contre la société.

Quant aux actions pétitoires immobilières, " il ne peut les intenter seul que pour la part et portion qu'il y a et non pour les portions de ses communs " (Lebrun, *ibid* ; Coquille, *ibid*).

**39.** Bien que les associés faisant partie d'une société tacite en aient confié l'administration à un maître ou à un facteur, celui-ci n'a pas seul le privilége d'obliger le fonds

commun par des engagements contractés dans les limites de son mandat. Ses coassociés peuvent aussi engager le patrimoine commun, du moins pour la part qu'ils y ont. " Si les communs ou associés, dit Lebrun, s'obligent conjointement, chacun s'oblige pour la part et portion qu'il a dans le fonds commun " (Lebrun, ch. 4, n° 6). Coquille dit de même que l'associé qui a contracté sans l'autorisation du maître, n'engage pas, il est vrai, la communauté pour le tout, mais il oblige " sa portion " (Coquille, *ibid.*).

Les associés ont aussi le droit d'agir, chacun de son côté, contre les débiteurs de la communauté. Ainsi, si le facteur a prêté des deniers communs tant en son nom qu'au nom de ses coassociés nominativement désignés, " il leur acquiert un droit à proportion des parts et portions qu'ils ont dans la société " et ils peuvent poursuivre le débiteur commun dans cette mesure (Lebrun, ch. 4, n$^{os}$ 7 et 10).

Un associé peut vendre les choses communes pour la part qu'il y a, même avant la dissolution de la société; et alors il transmet à l'acquéreur un droit actuel sur la chose vendue : car la faculté en question peut s'exercer tant qu'une demande en partage n'est pas introduite en justice. Dans ce cas, en effet, " il n'est pas permis à un associé d'aliéner sa part dans la chose commune, d'autant plus que la chose se peut adjuger à un de ses communs " (Lebrun, n$^{os}$ 9 et 11).

Un associé peut aussi prêter la part qui lui revient dans les deniers de l'association (*ibid.*, n° 10).

Les créanciers d'un associé ont le droit de saisir tous ses biens, même ceux qu'il a mis en société; et cette saisie amène la résolution de la société. On appliquait ici purement et simplement les §§ 7 et 8 des institutes, *De societate* (Lebrun, ch. 6, n° 9).

**40.** Maintenant que nous connaissons les principes des sociétés taisibles, demandons-nous si elles constituaient des personnes morales dans le sens spécial que nous attachons à cette expression. Il nous est impossible de répondre affirmativement.

Troplong professe cependant une opinion contraire [1], et

[1] Troplong, *Traité du contrat de société*, préface.

il se base pour la soutenir sur un passage de l'œuvre de Gui Coquille où, en effet, on lit que les communautés des champs " sont vrayes familles qui font corps et universités et s'entretiennent par subrogation de personnes qui naissent en icelles, ou y sont appelées d'ailleurs "[2]. Troplong part de là pour dire de la société taisible : " Elle se présentait avec les caractères d'un corps moral, survivant à la mort des individus, et *possédant son patrimoine abstraction faite de ses membres* ". Mais pour saisir la portée de la déclaration de Coquille, il faut évidemment la mettre en rapport avec le but qu'il cherche à atteindre. La société du droit romain se dissolvait par la mort d'un seul des associés. Un tel événement, au contraire, n'exerçait aucune influence sur les destinées de la société taisible; elle n'en continuait pas moins à subsister. Or, pour expliquer cette différence considérable qui se remarque entre les deux associations, Coquille feint de regarder la société tacite comme un corps moral existant indépendamment des membres qui la composent. Cette explication avait l'avantage très-appréciable à cette époque de mettre les biens des pauvres serfs à l'abri de la rapacité du seigneur féodal : car si l'avoir commun n'appartenait pas à ceux-ci mais à un être fictif distinct, de quel droit le seigneur en aurait-il saisi une partie quelconque à l'occasion du décès de l'un des personniers ? La fiction imaginée par Coquille avait donc une portée toute politique, et notre auteur, au fond, n'en considérait pas moins les associés comme très-réellement et très-légalement propriétaires du patrimoine social. Si telle n'avait pas été sa pensée, aurait-il permis à un associé ayant contracté sans l'autorisation du gérant d'obliger l'avoir commun pour sa part et portion ? Aurait-il, en vue de la validité d'une poursuite immobilière concernant la société, exigé l'intervention de tous les associés ? Du reste, aucun doute n'est plus permis après la lecture du commentaire de Coquille sur l'art. 5 du chap. 22 du Nivernois. Il se demande comment il faut procéder au partage de l'avoir commun lors de la dissolution de l'association : quant aux meubles, il faut les répartir entre tous ceux qui ont la qualité de personniers lors de la dissolution, quelle que soit l'époque à

[2] Coquille sur l'art. 18, ch. 6, *Nivernois*.

laquelle ces meubles aient été acquis. Il en est autrement des immeubles conquêts : ceux-ci ne doivent être partagés qu'entre ceux qui faisaient partie de l'association au moment de l'acquisition. " Mais pour les quotes-portions des conquêts, dit-il, on a égard au nombre des personniers qui étaient lors que chacun conquêt a été fait; parce que la quote portion une fois acquise ne peut *ex post facto* croître ou diminuer par survenance ou diminution de personniers ". Ainsi donc l'acquisition du conquêt n'a pas été faite pour la société considérée comme être abstrait; elle a eu lieu, à sa date même, pour les associés envisagés comme individus; " chacun des communs, dit Lebrun, étant lors *saisi* de sa quote-part du conquêt " (Ch. 6, sect. 2, n° 18).

**41.** En résumé, la société ou communauté tacite introduite par les coutumes ne constituait pas une personne morale dans le sens que nous attachons à ces mots. Elle n'avait aucune ressemblance avec le type si complet de la société commerciale italienne.

Deux arrêts conservés par Expilly donnent complètement raison à notre conclusion.

" Le 3 de juillet 1587, la cour, confirmant la sentence du Vibailly de Graisevodan, a déclaré la saisie d'un créancier nulle faite sur les biens communs pour la dette de l'un des frères demeurant en communion de biens, et ce pour la part de celui qui n'était pas obligé. C'est suivant le droit *in l.* 3 *in fine. D. qui pot. in pignor. hab. l.* 2. *C. comm. divid. l. uni C. si commun. res pignori data sit* " (Expilly, *Arrêts*, ch. 99, p. 568).

" Le 4 juin 1597, fut dit par arrest que les obligations faites par un frère vivant et habitant avec l'autre par indivis et en société tacite ne pouvaient être exécutées sur les biens communs ains seulement sur la part du detteur, bien que la dote de la femme de l'un des frères eût été employée en commun " (*Ibidem*, ch. 95, p. 563).

## II. DROIT ÉCRIT

**42.** Le droit romain connaissait deux espèces de sociétés. La première espèce comprenait certaines associations dont

l'objet se rattachait à l'intérêt public. Telles étaient les sociétés formées pour la perception des impôts, pour l'exploitation des mines d'or et d'argent. Le Digeste leur consacre un titre spécial intitulé : *Quod cujuscumque universitatis.* Elles devaient être autorisées et constituaient de vraies personnes morales offrant la plupart des caractères de la société générale.

Quant aux sociétés privées, celles dont le Digeste traite sous le titre *Pro socio,* elles n'étaient pas considérées comme des êtres juridiques distincts de la personne des associés, elles se confondaient avec ces derniers. Nous n'exposerons pas les arguments qui nous portent à adopter cette manière de voir : car il s'agit ici, moins de rechercher la vérité en examinant les textes eux-mêmes, que de se demander quelle était l'opinion que l'on professait sous l'ancien droit français au sujet de notre question.

**43.** On peut, relativement à l'objet dont nous nous occupons, constater deux courants d'idées contraires : l'un favorable au système qui érige la société civile en personne morale, l'autre qui lui est défavorable. Comme nous le verrons tantôt, c'est le deuxième que nous paraît avoir définitivement triomphé.

**44.** Parmi les partisans du système de la personnification, on peut ranger Balde, Salicet et Cynus [1]. Ces jurisconsultes examinent le point de savoir si un associé débiteur de sa mise peut opposer au gérant qui en réclame le payement, la compensation de ce que celui-ci lui doit à titre personnel [2]. Et ils

[1] C'est l'opinion de TROPLONG. *Traité du contrat de société,* n° 62.

[2] SALICET sur la loi 9 *Ejus,* C. *de compensat.* n$^{os}$ 3 et 4.

" Quæro cum Cyno : Plures fecerunt societatem in arte cambii, et unusquisque certam quantitatem debet ponere in *bursâ communi,* et omnes ex eis unum constituerunt qui præesset tabulæ et bursæ; petit iste præpositus, societatis nomine, ab uno eorum quantitatem quam ponere debebat in societate; excipit iste : Tu mihi debes tantumdem vel partem, undè illud compenso. Quæritur an possit ? dicendum est quod non; quia iste alienum debitum compensat, non quod debetur a societate cujus nomine petitur; iste enim non petit ut sibi debitum, nec ipse *ut singularis persona sed debitum* SOCIETATIS. Ideo ei non compensatur quod ipse *ut singularis persona* debet (Arg. hujus legis et *infrà,* ead. leg. *Si velut*), et pro hoc accedat, D. *Pro socio* L. *Actione,* § *Si commun.;* pro hoc etiam facit, quia si pecunia ista est statuta ad usus communes societatis, facit quod istud non sit distributum *singularis personæ sed societatis;* quia *quod est universitatis, non est singulorum;* l. *in tantum,* § *Universit.,* D. *De rerum div.* Item de isto debito communi primò debent solvi debita societatis quam privata debita sociorum; sicut in actione de peculio primo debent solvi

répondent négativement, par le motif que la mise est due à la société comme à un corps et non au gérant personnellement. Ces auteurs invoquent à l'appui de leur opinion des lois romaines prises dans le titre *Pro socio* relatif aux sociétés civiles. Il semble donc bien que, dans leur pensée, la société civile du droit romain formait une personne morale. D'un autre côté, les sociétés vectigaliennes et autres sociétés publiques énumérées au titre *Quod cujuscumque universitatis* avaient disparu avec la période romaine; et il est vraisemblable que l'on a, faute de mieux, appliqué les dispositions si formelles de ce titre aux sociétés privées, les seules qui existassent encore.

Les lois romaines sont interprétées dans le même sens par l'auteur des observations renfermées dans le *Journal du Palais*. Ainsi, à l'effet d'établir le droit de préférence des créanciers de la société sur les effets de cette dernière, il invoque les lois 27 et 28 D. *Pro socio* et il ajoute: " La première décide que toutes les dettes contractées par la société doivent être acquittées des effets de la société; la seconde exclut les créanciers particuliers d'un associé dont les deniers ne sont point entrés dans la société[3] ".

Le même arrêtiste constate encore l'unanimité des docteurs à l'égard de ce point en des termes qui s'appliquent

quod domino et in ejus potestate positis, et socio debetur, quam cæteris, ut not. in C. penult. *infrà Quod cum eo.* "

BALDE sur la même loi:

" Nos videmus plerumque quod socii bursam communem faciunt, et constituunt aliquem, qui præsit illi bursæ, ut D. *Pro socio* l. 63, § 5, *si cum tres.* Modò pone, quod talis præpositus, nomine societatis, petit ab uno ex sociis quod ponat certam quantitatem in societate quam ponere debet; dicit ille: Tu debes mihi tantam quantitatem et ideo compenso totum. Quæritur quid juris? Respondeo: Compensation on procedit, *quia corpus societatis agit,* non ille tanquam singularis persona; et ideo quod debetur societati, non compensatur cum uno ex sociis, ut D. *Pro socio,* l, 65, *Actione,* § 14, *si communis* ".

CYNUS, sur la loi *in ea,* C. *de compens*:

" Plerumque videmus quod socii bursam communem faciunt et constituunt aliquem qui præest illi bursæ. Modò pone quod talis præpositus petat ab uno ex sociis, quod debet ponere in bursam communem; dicit socius: Tu debes mihi tantum; compenso tecum; numquid potest? Videtur quod non. (Arg. ejus quod dicitur de pecunia debita in causa alimentorum et statutorum sumptuum) ".

[3] Journal du Palais, édition de 1701, sur un arrêt du parlement de Paris du 25 janvier 1677.

aussi bien à la société civile qu'à la société commerciale. Ainsi, citant Fontanella, il écrit : " Il dit premièrement que, de même que les créanciers chirographaires de l'hérédité étaient préférés à tous les créanciers de l'héritier, de quelque nature qu'ils soient, de même les créanciers de la société devaient être préférés à tous les créanciers d'un des associés quand même ils auraient hypothèque et il ajoute qu'il est certain que les créanciers d'un associé ne pouvaient prétendre davantage que prétendrait l'associé s'il vivait; parce qu'ils viennent sur les biens comme ses successeurs (c'est-à-dire exerçant ses droits). Or lui, s'il vivait, il ne pourrait prétendre autre chose que sa part dans le partage des effets de la société.

" Mais avant que de procéder au partage, il faut premièrement payer et acquitter toutes les dettes de la société selon la loi 27 ff. *Pro socio*. Et la raison en est naturelle : on ne peut pas dire qu'il y ait des biens dans la société que l'on n'en ait déduit ce qui est dû par la société. De là suit que les biens de la société ne pouvaient pas être réputés appartenir à l'associé qu'au préalable l'on ait payé les dettes de la société ".

Aux yeux de Salgado aussi, la société civile formait une personne morale. C'est en effet ce qui ressort des extraits cités plus haut et tirés de son œuvre *Le labyrinthe des créanciers* (suprà n° 3). Les termes dont il se sert sont des plus généraux; il personnifie toute masse de biens dont l'administration est confiée à un individu, dès le moment qu'elle peut être distinguée du patrimoine propre de l'administrateur. Ceux envers qui le gérant s'est obligé en cette qualité, sont considérés comme les créanciers de la masse administrée avant d'être créanciers du gérant. La règle s'applique donc à toute société, civile ou commerciale; il suffit que la condition exigée se réalise, c'est-à-dire que le patrimoine commun soit distinct des biens formant la propriété particulière de chaque associé. Mais, pourrait-on objecter, à l'égard de la société civile, la loi ne prescrivait pas de rendre cette distinction publique; aucune formalité ne proclamait même l'existence de la convention sociale. On pourrait répondre qu'il n'y avait rien de spécial non plus en ce qui concernait la société commerciale avant l'ordonnance de 1673, ni même depuis cette ordonnance, puisque cette dernière n'était pas observée.

D'un autre côté, nous voyons la société commerciale fortement organisée; nous lui voyons attribuer la qualité de personne morale de la façon la plus générale, la plus absolue. Tout le monde est d'accord pour poursuivre l'application du système jusques dans ses plus légers détails. Eh bien, n'est-il pas vraisemblable que le système lui-même se soit réfléchi sur la société civile? L'habitude où l'on se trouvait d'accorder à la première tous les attributs résultant de la personnification civile, aura dû conduire les jurisconsultes à traiter la seconde d'une façon identique. Le type si connu, si général de la société commerciale aura servi de modèle pour l'organisation de la société civile. On peut le supposer avec d'autant plus de raison que la ligne qui séparait ces deux genres d'associations dans l'ancien droit, ne devait pas être bien nettement tracée: où finissait le domaine des sociétés de commerce, où commençait celui des sociétés civiles? C'est une question qui sans doute ne formait pas l'objet d'une distinction bien tranchée, universellement admise; et la confusion paraît avoir dû être d'autant plus inévitable que les sociétés industrielles se trouvaient placées entre les deux points extrêmes, constituaient une transition toute naturelle et servaient à passer de l'un à l'autre[4].

Nous trouvons la trace de cette assimilation complète des deux genres d'associations dans *le supplément aux œuvres de M. Claude Henrys* (l. 1, ch. 83 *des sociétés*, n^os^ 12 et suiv.). L'auteur constate d'abord que " celui à qui quelque chose est commune *par société* peut valablement se servir de sa portion, même contre la volonté de son associé ou en disposer comme bon lui semble ". Mais de quelle société s'agit-il ici? De la société conventionnelle, répondant aux conditions de l'article 1832 du code civil? Nullement. Le jurisconsulte a seulement en vue les indivisions simples qui sont le résultat inconscient des circonstances et non le fait de la volonté préméditée des intéressés. Ainsi il cite comme exemple la communauté d'intérêts existant entre " plusieurs consors en un procès ", entre plusieurs héritiers: chacun des héritiers peut disposer de sa part; ses créanciers peuvent aussi la saisir; l'indivision n'y fait pas obstacle. Mais l'auteur s'empresse d'ajouter: " Lors-

[4] Pothier, n° 142.

qu'une chose est commune à plusieurs non comme à des particuliers mais comme membres d'une université, l'un d'eux ne peut pas vendre ni hypothéquer aucune portion de la dite chose, parce que ce qui appartient à l'université, n'appartient pas aux particuliers d'icelle ". Et pour qu'il ne reste aucun doute sur sa pensée, l'auteur renvoie au titre du Digeste *Quod cujuscumque universitatis.*

Qu'est-ce à dire, sinon que l'auteur distingue deux espèces de sociétés, les sociétés de fait et les sociétés conventionnelles de quelque nature qu'elles soient? Aux premières il refuse les avantages de la personnification civile, tandis qu'il les accorde à celles de la 2e catégorie.

Claude de Ferrière est du même avis. Dans son *Dictionnaire de droit et de pratique,* sous le mot *Société,* il traite de la société en général et il expose les principes applicables à toutes les associations contractées dans le but de réaliser un bénéfice à l'aide de certains apports réciproques; il y traite même des sociétés universelles. Eh bien, il constate, à cet endroit de son dictionnaire, que les créanciers de la société sont préférés sur l'actif social aux créanciers des associés, ceux-ci fussent-ils même antérieurs en date aux premiers.

On peut enfin invoquer en faveur de la même thèse un arrêt rendu par le parlement de Grenoble le 22 août 1637 et un autre arrêt rendu par le parlement de Rouen le 11 mars 1681. Les deux arrêts reconnaissent aux créanciers d'une société civile le droit d'être payés sur le fonds commun avant les créanciers personnels des associés [5].

[5] *Dictionnaire des arrêts ou jurisprudence universelle des parlements de France et autres tribunaux,* édition de 1727.

V° *Société, Dettes;* t. 6, p. 209.

" De la préférence d'obligation sur le fonds de la société.

Jugé au même parlement de Grenoble le 22 août 1637, que les dettes faites pour la société sont préférables aux étrangères que l'un de la société a contractées en son propre et privé nom, quoiqu'antérieurement à la société.

" Entre associés les dettes contractées par l'un d'eux, autres que pour le fait de la société ne peuvent être prises sur la communauté. Arrêt du parlement de Rouen, du 11 mars 1681. Un père prend une ferme avec deux de ses enfants; les deux frères pendant ce bail prirent des héritages en fief d'un chanoine de Coutance. N'étant point payé de sa rente, il se pourvoit contre le fils aîné en qualité d'héritier de son père; mais ayant opposé que cette dette contractée par ses deux frères n'était point de la communauté d'entre le père, il en fut déchargé ".

45. Voici maintenant les arguments qu'on peut invoquer en faveur de l'opinion contraire.

Balde, Salicet et Cynus traitent, il est vrai, la société comme un être distinct de la personne des associés; mais c'est dans le but de résoudre une difficulté ayant pris naissance entre les associés, de régler un rapport d'ordre purement interne. Ces auteurs ne décident donc pas le point de savoir s'il faut considérer la société comme un être moral en ce qui concerne les relations juridiques des associés avec les tiers. Or, c'est le seul point important dans l'examen de la question qui nous occupe.

En supposant même qu'on doive regarder ces auteurs comme pleinement affirmatifs, on peut leur opposer l'opinion d'autres jurisconsultes qui sont loin de reconnaître à la société une personnalité juridique propre.

Il faut, croyons-nous, ranger Cujas parmi ces derniers. En effet, dans aucune partie de son œuvre, on ne découvre le moindre indice tendant à faire croire que, selon lui, la société privée du droit romain ne se confondît pas avec les associés. Tout au contraire, il reconnaît à ceux-ci le droit de disposer de leur part dans l'actif[6]. Enfin il garde un silence significatif à l'endroit du titre du Digeste: *Quod cujuscumque universitatis.* Son ouvrage ne contient pas le moindre commentaire de cette loi, qui occupe cependant une place si importante dans l'histoire de la personnification des sociétés.

A l'opinion de Cujas il faut joindre celle de Félicius, qui permet également à chacun des associés d'aliéner sa part dans les choses communes et qui, de plus, l'autorise à les hypothéquer dans la même mesure[7].

Despeisses, lui aussi, est très-formel. En effet, dans son commentaire du contrat de société (nos 8 et 9), expliquant la différence qui distingue la société privée des colléges et universités, il s'exprime en ces termes: " Celui à qui une chose

[6] Cujas, t. 4, p. 566, cap. 27.

" De re communi ab uno ex sociis vendita consensu sociorum, Paulus scribit initio l. 67 *Pro soc.* et recte consensu sociorum quia citra eorum consensum ante dictatum judicium communi dividundo, plus parte sua alienare non potest. l. 68 *eod.* l. 3. C. *de com. rer. al.* l. 1. C. *com. divid.*

[7] Felicius, *Tractatus de societate*, cap. 28, nos 7 *et seq.*

est commune avec plusieurs comme personnes particulières et singulières, a certaine part et portion dans la chose; mais ce qui est commun à plusieurs comme représentant un collége ou une université, ne peut pas être dit d'un seul du dit collége ou université; c'est pourquoi on a cru juste que celui qui avait certaine portion en la chose commune, ne fût pas obligé de faire la volonté de ses associés qui ne peuvent rien faire à son préjudice; mais que celui qui ne pouvait pas dire y avoir part, ne jouissait pas de ce droit ". Ainsi, dans la société privée, chaque associé est propriétaire par indivis de l'avoir social, et tel est le motif pour lequel on ne peut en disposer sans son assentiment, le plus grand nombre des associés fût-il favorable à l'aliénation. Il en est autrement dans les colléges ou universités où la majorité fait loi. C'est qu'ici l'actif n'appartient pas aux membres du collége ou de l'université. C'est dire en termes on ne peut plus clairs que dans le dernier cas l'association est personnifiée, tandis qu'elle ne l'est pas dans la première hypothèse.

**46.** Enfin, de tous les adversaires de la personnification, le plus illustre et le plus convaincu est sans contredit Pothier. Et il importe d'autant plus de bien se rendre compte de sa pensée que c'est au système adopté par cet auteur que le législateur moderne s'est arrêté, ainsi que nous aurons bientôt l'occasion de le vérifier.

Rigoureux observateur du droit romain, qu'il prend pour guide et qu'il suit pas à pas, Pothier semble aussi s'en être assimilé la doctrine. Il y a même lieu de remarquer que, dans son *Traité de la Société,* qui comprend aussi la société commerciale, il n'applique à aucune espèce de sociétés la dénomination de personne morale, d'université, ni aucune autre équivalente. Il ne consacre même, sous forme de proposition spéciale, aucune des conséquences pratiques que l'école italienne déduisait d'un principe universellement admis et dont la plus importante consistait à attribuer un droit de préférence aux créanciers sociaux sur l'actif commun. Pothier affecte de considérer la société, dans tous les cas, comme un pur rapport de droit entre les associés; il ne l'étudie que sous cet aspect et ne l'envisage nullement au point de vue de l'intérêt des tiers.

Ainsi, les associés sont, à ses yeux, dans toute la force

du terme, propriétaires par indivis de l'avoir commun. Pour s'en convaincre, on n'a qu'à lire le n° 3 de son *Traité du contrat de société.* Ils ont sur cet actif tous les droits qu'un propriétaire peut exercer sur sa chose; ils peuvent l'aliéner et l'engager pour leur part. "Un associé, dit-il, ne peut aliéner ni engager les choses dépendantes de la société que pour la part qu'il y a". A cet égard, nous présenterons deux observations. D'abord quand Pothier permet à un associé d'engager le capital social pour la part qu'il y a, il fait évidemment allusion à des engagements contractés par cet associé dans son intérêt propre et exclusif. En d'autres termes, le créancier personnel de chaque associé peut saisir les biens de la société concurremment avec les créanciers de la société: car si le droit du premier sur l'avoir commun était subordonné à l'extinction préalable du passif social, ce droit serait illusoire toutes les fois que la société aurait autant de dettes que de biens, et il ne serait pas vrai de dire que les associés peuvent engager ces biens pour leur part. Le patrimoine social constitue donc immédiatement le gage des créanciers personnels. Or, lorsque Pothier permet aux associés d'obliger le capital de la société et de l'aliéner dans la mesure de leur part, l'exercice de cette dernière faculté est tout aussi illimité, dans sa pensée, que l'exercice de la première; il les place toutes deux sur la même ligne; aucune n'est soumise à la moindre restriction. Si donc un associé a disposé de sa part dans un objet commun, l'acquéreur devient à l'instant propriétaire, et l'aliénation peut être opposée aux créanciers de la communauté.

**47.** Maintenant que nous savons jusqu'à quel point chaque associé peut individuellement engager et aliéner les choses communes pour sa part, demandons-nous quand, dans le système de Pothier, il peut les engager et les aliéner pour le tout, c'est-à-dire pour sa part et pour celle de ses coassociés.

Il ne puise pas ce droit dans sa seule qualité d'associé (n° 89). Pour qu'il en soit iuvesti, il faut que ses coassociés lui aient accordé le pouvoir d'administrer, soit dans le contrat de société (n° 66), soit depuis sa formation (n° 71). Dans ce cas, et si les parties n'ont pas formellement déterminé les limites de son mandat, ce mandat "renferme par rapport

aux biens et aux affaires de la société ce qu'a coutume de renfermer une procuration générale qu'une personne donne à quelqu'un pour administrer ses biens. Suivant ce principe, ce pouvoir consiste à faire tous les actes et marchés nécessaires pour les affaires de la société comme de recevoir et donner quittance de ce qui est dû à la société par ses débiteurs; de faire contre eux les poursuites nécessaires pour en procurer le payement; de payer ce qui est dû aux créanciers de la société; de faire les marchés avec les serviteurs et ouvriers employés pour le service de la société; de faire les achats des choses nécessaires pour les affaires de la société, de vendre les choses dépendantes de la société qui sont destinées à être vendues et non d'autres. "

Quant à l'associé qui n'a pas reçu de ses coassociés pouvoir exprès de faire un acte déterminé soit d'une manière générale soit par mandat spécial, il ne peut, en contractant, même à raison d'un des objets spécifiés ci-dessus, obliger ses coassociés. Il n'aurait même pas ce pouvoir si le contrat ne conférait à aucun associé spécialement le droit d'administrer. En effet, d'après Pothier (n° 90), la qualité d'associé ne vaut mandat tacite de gérer que s'il s'agit d'une société commerciale : " En ce cas, dit-il, ce que chacun fait est valable, même pour la part de ses coassociés sans qu'il ait pris leur consentement. " Au contraire dans les sociétés civiles, il faut que tous les associés contractent conjointement, ou du moins que le créancier établisse qu'ils ont donné pouvoir à celui d'entre eux qui a contracté; sans cela, ils ne seraient pas obligés pour leurs parts. [8] Cela résulte des extraits suivants du traité de Pothier :

[8] Le système de Pothier ne semble pas avoir été complètement adopté par Ferrière. Voici ce qu'on lit dans le *Dictionnaire* de ce dernier auteur : " Toutes les obligations contractées par un des associés n'obligent pas toujours les autres qui n'ont pas contracté, mais seulement celles qui concernent la société.

" Cela se présume par la qualité, quantité et tems de l'obligation; et même, dans ce cas, les associés qui n'ont pas contracté ne sont obligés que jusqu'à la concurrence de la société, à moins qu'il n'y eût de l'intelligence et de la fraude ".

Ferrière va plus loin que Pothier, mais il ne va cependant pas aussi loin que l'art. 1859 du code civil. Cette disposition considère les associés comme mandataires les uns des autres à l'effet de gérer. Si donc un associé a con-

" Lorsque deux associés (qui ne le sont pas pour un commerce) contractent, quoique pour les affaires de leur société, ils ne s'obligent pas solidairement envers le créancier, mais seulement chacun pour sa part, à moins que la solidité ne soit exprimée (n° 104). Lorsque la dette n'a été contractée que par un des associés, il n'y a que celui qui l'a contractée qui en est tenu envers le créancier, sauf à lui à s'en faire faire raison par son coassocié. Cela aurait lieu, quand même, par le contrat, il aurait exprimé qu'il contractait pour le compte de la société tant en son nom qu'au nom de son associé. Si néanmoins il était justifié ou que son associé lui avait donné effectivement pouvoir ou que la dette eût tourné au profit de la société, l'autre associé serait tenu de la dette envers le créancier pour la part qu'il a dans la société (n° 105)[9] ".

**48.** D'après cela, il est facile de se figurer l'idée que Pothier se formait de la société civile. Il aperçoit dans l'actif social, non pas un tout uni et compact, mais une

tracté une obligation comme administrateur, ses coassociés peuvent être poursuivis personnellement sur tous leurs biens. Claude de Ferrière ne les regarde au contraire comme responsables que sur les biens versés par eux dans la société. En définitive, la société civile de Ferrière se rapprochait beaucoup de la société en commandite ancienne du second modèle (suprà n° 20).

Lapeyrère adopte le point de vue de Ferrière. V. lettre S, p. 417, n° 48.

On voit par ce que nous disons ici que la disposition de l'art. 1859 c. civ. ne formait pas le droit commun dans les sociétés civiles de l'ancien droit français. Elle constituait au contraire la règle en matière de sociétés commerciales; et il est digne de remarque qu'à cet égard, les rédacteurs du code civil se sont inspirés de la législation commerciale ancienne.

[9] Dans la doctrine de Pothier, si les associés n'avaient conféré à aucun des leurs le pouvoir d'administrer, il n'en était aucun qui, sans l'adhésion spéciale de ses coassociés, pût les obliger, même par un acte de gestion; sa qualité d'associé, sous ce rapport, ne lui conférait pas de mandat tacite. On constate cependant au n° 98 de son Traité qu'un associé peut avoir reçu tacitement pouvoir d'administrer les affaires de la société; mais la preuve de ce pouvoir doit résulter de faits dont la signification ne soit pas douteuse, par exemple, de l'habitude où est un associé de gérer les affaires communes au vu et au su de ses coassociés.

Une telle société, privée d'administrateur en titre paraît, dans la pensée de Pothier, se confondre avec le quasi-contrat de communauté dont cet auteur nous entretient au n° 187 de son Traité : " Quand il y a quasi-contrat de communauté, écrit-il, une dette n'oblige les *quasi-associés* que lorsqu'elle a été contractée par eux tous ".

juxta-position de parts (V. n° 3). Si tous les associés contractent conjointement, ou si l'un d'eux contracte en vertu d'un mandat dont il donne connaissance au tiers, ils sont obligés pour leurs parts; et le créancier peut saisir ce qui forme son gage, c'est-à-dire l'avoir social tout entier, ou plutôt, les parts de ses débiteurs dans cet avoir. Lorsqu'un seul des associés contracte sans mandat de ses coassociés, il n'oblige pas ces derniers; le créancier ne peut donc pas saisir leurs parts dans le patrimoine commun; mais rien ne l'empêche de saisir la part de l'associé qui s'est obligé envers lui. Au reste, il importe fort peu, dans la pensée de Pothier, que l'engagement pris par cet associé soit relatif ou soit étranger aux affaires communes. Dans l'un et l'autre cas, le droit du créancier est le même: il n'est ni plus, ni moins étendu. Quand on a lu le traité de Pothier, il ne peut rester le moindre doute sur ce point.

Ainsi, en résumé, d'après Pothier et d'après l'opinion qui prévalut au temps où il écrivait, la société civile ne formait pas une personne morale. Un associé dépourvu de mandat spécial n'obligeait pas ses coassociés, pas même par un acte qui cependant lierait aujourd'hui tous les associés. L'actif social formait le gage des créanciers personnels des associés, aussi bien que celui des créanciers communs.

**49.** Maintenant, si l'on veut se rappeler tout ce que nous avons dit jusqu'ici des sociétés de l'ancien droit, on trouvera que le résultat auquel nous sommes arrivé en ce qui concerne les sociétés civiles, découle logiquement du système lui-même qui personnifie la société collective et générale. Et cette dernière observation nous permettra de faire luire l'unité au milieu d'une apparente diversité.

Lorsqu'une société s'occupait d'opérations commerciales et avait adopté une raison sociale, tout ce qu'un associé faisait sous le couvert de cette raison sociale, même sans mandat de ses coassociés, obligeait ceux-ci, c'est-à-dire la société; le créancier pouvait saisir l'avoir commun tout entier en payement de sa créance : c'est qu'en effet, tous les associés avaient contracté, tous avaient comparu sous la figure de la raison sociale.

Lorsqu'au contraire une société de commerce opérait sans

recourir à l'emploi d'une raison sociale (commandite du second modèle, supra nos 20 et suiv.), chaque associé qui contractait en son nom, quoique en vue de l'intérêt commun, n'obligeait que lui; le créancier ne pouvait poursuivre aucun autre, et s'il avait le droit d'appréhender les choses communes pour le tout, c'est-à-dire un bien qui n'appartenait pas exclusivement à son débiteur, c'était par suite de considérations ayant l'intérêt du commerce pour mobile. S'il s'agissait d'une société purement civile, la première partie de la dernière solution doit encore être suivie; car, ici, il n'y avait jamais adoption d'une raison sociale; chaque associé agissait toujours individuellement et ne souscrivait ses engagements d'aucun autre nom que du sien. Le créancier n'avait d'action contre ses coassociés que s'il établissait, ainsi que l'exige du reste le droit commun, qu'ils avaient consenti, qu'ils avaient contracté. S'il était incapable de fournir cette preuve, il ne pouvait saisir l'avoir commun que pour la part de l'associé son débiteur; il ne pouvait le saisir pour le tout, les considérations que nous venons de rappeler ne se rencontrant pas ici.

Nous arrivons de la sorte à une conclusion générale embrassant toutes les sociétés, quelles qu'elles soient : la raison sociale, dans l'ancien droit, constituait pour les sociétés l'indice révélateur d'une personnalité juridique propre; là où ce signe apparaissait, mais là seulement, on faisait intervenir, dans le règlement des relations des associés avec les tiers, tous les principes que nous avons exposés plus haut.

# DEUXIÈME PARTIE

—

# DROIT MODERNE

## CHAPITRE PREMIER — DES SOCIÉTÉS CIVILES

—

### I. État de la question d'après les documents législatifs. — Controverses. — État de la jurisprudence.

**50.** La législation qui régit actuellement la Belgique n'a pas tranché d'une manière expresse la difficulté qui nous occupe. Et cependant il nous semble que l'intention du législateur ne peut être l'objet d'un doute. La société civile, la société commerciale sont-elles des personnes morales? S'il n'a pas répondu à cette question, c'est qu'il aura jugé toute réponse inutile : il s'en est rapporté aux solutions qu'elle avait reçues dans le dernier état de la jurisprudence ancienne et que nous avons indiquées dans la deuxième partie de ce travail.

Du reste, l'art. 529 c. civ. décide implicitement la question : il déclare meubles, les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, quand même ces compagnies posséderaient des immeubles. Les compagnies de finance, de commerce et d'industrie sont donc incontestablement des personnes morales; car sans cela, l'actif commun appartiendrait aux associés, et leur droit ne serait pas simplement mobilier. D'ailleurs, Treilhard a fait, dans le cours de la discussion au conseil d'État, les déclarations

les plus catégoriques [1]. Le rapport fait au Tribunat est tout aussi explicite [2]. D'un autre côté, il est clairement établi par les travaux préparatoires que la société civile, dans les idées des rédacteurs du code, ne constituait pas une personne morale. En effet, comme on agitait au sein du conseil d'État la question de savoir quand l'actionnaire est propriétaire des immeubles de la société, et doit par conséquent faire transcrire son titre afin d'être saisi à l'égard des tiers, l'un des membres proposa de renvoyer la solution de la difficulté au code de commerce [3]. Cette propo-

[1] FENET, t. 2, p. 24 : " On était convenu de distinguer entre le corps de l'association et les individus qui la composent. Aucun d'eux n'est propriétaire des immeubles; ce ne sont que des accessoires de la société et en quelque sorte des instruments de l'entreprise. Quant aux actions, elles sont mobiliaires et il est nécessaire de leur conserver cette qualité parce qu'il importe d'en faciliter la circulation. Cependant on pouvait abuser du principe pour prétendre que les immeubles auxquels les actions donnent droit doivent, même après la dissolution de la société, être réputés de la même nature que les actions; et pour prévenir cette fausse conséquence, on a dû exprimer que la fiction ne durait qu'autant que la société ".

[2] FENET, t. 2, p. 45 : " Chacune de ces compagnies est une personne morale qui agit, administre et régit les affaires d'après des statuts qui règlent le nombre, la qualité et les attributions de chacun de ses agens.... Chacun des sociétaires ou des intéressés ne pourrait sans doute hypothéquer sa portion virile dans ses immeubles et son droit se borne à demander soit son dividende d'après le contrat de société, soit, lors de la dissolution de la société, la liquidation de sa portion afférente dans l'association; mais tant que dure la société, il n'est pas propriétaire de sa portion dans l'immeuble dont il ne peut user; mais de sa portion dans la valeur de cet immeuble ".

[3] FENET, t. 2, p. 15 : " Le consul Cambacérès s'arrête sur ces mots de l'article : " Sont meubles ... les actions de banque dans les compagnies de " finance, de commerce ou d'industrie encore que des immeubles dépendans " de ces entreprises appartiennent aux compagnies. "

" Il observe que, dans cette hypothèse, l'action donne droit aux immeubles, et il demande si, par cette raison, on n'en deviendra propriétaire qu'en la faisant transcrire sur les registres des hypothèques.

" M. Tronchet répond qu'il faut distinguer l'action de l'intérêt, dans une entreprise. L'intérêt rend associé et copropriétaire; l'action ne rend que commanditaire et ne donne droit qu'à la somme qu'on a fournie.

" Le consul Cambacérès dit que cette distinction est très-exacte, mais qu'il est nécessaire qu'on la trouve dans la rédaction.

" M. Bégouin observe qu'il y a des actions qui rendent copropriétaire. Par exemple, la manufacture de Tabac du Havre a été acquise par des actionnaires; ainsi, chacun d'eux en est copropriétaire et y a un intérêt en proportion de son action.

sition démontrait bien que, dans la pensée de son auteur, l'art. 529 ne concernait aucunement les sociétés civiles. Si elle fut écartée, c'est que l'on pensa qu'il importait de résoudre la question le plus tôt possible.

D'ailleurs les rédacteurs du titre du code civil relatif à la société se sont bornés à copier le traité de Pothier, le plus souvent textuellement et sans y rien changer. On pourra vérifier le fait en jetant un coup d'œil sur cet ouvrage. On peut induire de là qu'ils se sont aussi assimilé la doctrine de cet auteur. Or nous avons démontré qu'il ne traite pas la société civile comme une personne morale. On pourrait, il est vrai, nous objecter que Pothier, sous ce rapport, ne distingue pas la société commerciale de la société civile. Il leur applique à toutes deux les mêmes décisions. De sorte que notre raisonnement semblerait prouver que, dans le système du législateur moderne, la société commerciale non plus ne constitue pas une personne morale. Mais précisément la distinction que Pothier semble ne pas faire, le législateur moderne l'a introduite dans son œuvre. Il déclare que les dispositions du code civil ne régissent la société commerciale que lorsqu'elles sont d'accord avec les lois et usages du commerce. La loi reconnaît donc

" M. Tronchet dit que ces deux sortes de sociétés sont usitées; il convient, comme l'a dit le consul, de donner plus de développement à l'article.

" M. Bérenger dit qu'il existe des sociétés qui se forment par actions et où cependant les actionnaires n'ont aucun droit aux immeubles. Telles sont la banque de France, l'entreprise des ponts de Paris. La propriété du pont ou des immeubles que la banque acquerrait n'appartient qu'à l'entreprise qui est là un être moral; chaque actionnaire n'a droit qu'aux produits attachés à son intérêt. Il est évident que dans ce cas la transcription devient inutile.

" Ces entreprises au surplus n'existent qu'en vertu d'une loi. Peut-être faudrait-il examiner s'il ne conviendrait pas de décider qu'aucune entreprise de cette nature ne pourra se former sans autorisation.

" M. Treilhard propose de renvoyer la question au code de commerce.

" Le consul Cambacérès dit qu'on ne peut différer à résoudre la difficulté jusqu'à ce que le code de commerce soit discuté. Il propose de décider que l'action est meuble toutes les fois qu'elle ne donne pas droit à la propriété des immeubles.

" M. Tronchet partage l'opinion du Consul. Il pense qu'en principe l'action est meuble lorsqu'elle ne rend pas copropriétaire des immeubles et ne soumet pas aux demandes qui peuvent être faites contre la société.

" Cette distinction est adoptée ".

une autorité souveraine aux lois et usages du commerce tels qu'ils existaient avant le code; et nous avons constaté qu'au nombre de ces usages figurait l'habitude universellement admise de considérer la société commerciale comme une personne morale.

**51.** L'opinion que nous enseignons ici, trouve une éclatante confirmation dans la loi du 21 avril 1810 sur les mines. Le législateur y déclare que l'exploitation des mines ne constitue pas une opération de commerce, mais une entreprise purement civile. Il résulte de là, par voie de déduction rigoureuse, que la société contractée en vue d'exploiter une mine ne saurait être commerciale. Mais comme la bonne exploitation des mines est directement liée à l'intérêt général, le législateur a tenu à donner aux sociétés formées en vue de cet objet une organisation aussi solide que celle des sociétés de commerce; aussi, dans l'art. 8 de la même loi, déclare-t-il que les actions ou intérêts, dans une société fondée pour l'exploitation des mines, seront réputés meubles conformément à l'art. 529 c. civ. En d'autres termes, les sociétés minières constituent des personnes morales. Or cela était bien inutile à dire si, dans la pensée du législateur de cette époque, toutes les sociétés civiles donnaient naissance à une personne morale. On est donc admis à inférer de cet art. 8 qu'en principe, cette qualité leur fait défaut; il n'y a d'exception qu'en faveur des sociétés formées en vue de l'exploitation des mines.

**52.** L'intention du législateur, en cette matière, résulte encore, selon nous, de ce qu'il a soumis la société commerciale à un régime particulier, sans y astreindre la société civile. La première fonctionne sous le symbole d'une raison sociale. Un mode spécial de publicité révèle aux tiers intéressés l'existence de cette société, le temps de sa durée, les noms des associés, celui du gérant, la raison sociale, enfin toutes les clauses de la convention dont la connaissance est de quelque utilité pour le public. Lorsque ces formalités n'ont pas été remplies, la société est nulle; et la nullité peut être invoquée, non seulement par les tiers contre les associés, mais encore par les associés les uns contre les autres. En ce qui concerne la société civile, rien de pareil. Telle que le législa-

teur l'a conçue, elle constitue une convention essentiellement secrète, un arrangement qui ne concerne aucunement les tiers. Elle est parfaitement valable en l'absence des formalités imposées à la société commerciale. La nullité ne peut en être obtenue qu'en vertu des règles ordinaires concernant la validité des conventions.

Et ces différences qui tiennent à l'essence même du contrat, à l'organisation de la société, à sa structure tout intime ne devraient pas avoir pour conséquence d'en faire naître également dans les effets, dans les résultats qu'elle est appelée à produire? Et puisque la société commerciale a reçu du législateur une existence officielle et publique, la société civile une existence occulte, invisible, la différence que nous cherchons ne doit-elle pas se retrouver précisément dans la façon dont chacune d'elles se comporte vis-à-vis du public? En un mot, n'en doit-il pas résulter nécessairement que, si la première est une personne morale, la seconde est privée de ce caractère?

Toutes les analogies nous poussent vers cette conclusion. Ainsi la commandite de l'ancien droit, constituée suivant la première des formes tracées par Savary, ne recevait d'ordinaire aucune espèce de publicité, et si la commandite calquée sur le second modèle devait être rendue publique, du moins elle ne recourait dans ses opérations à aucune espèce de raison sociale; aussi avons-nous été forcé d'admettre qu'en aucun de ces cas il ne se rencontrait de personne morale. Et dans notre droit moderne, la société en participation du code de commerce ne mène-t-elle pas, elle aussi, une existence complètement ignorée? C'est pourquoi on est à peu près unanime, dans la doctrine et dans la jurisprudence, pour reconnaître qu'elle ne forme pas un être moral distinct des personnes qui la composent.

**53.** Il s'en faut cependant que notre opinion en matière de société civile soit universellement admise. Plusieurs auteurs, et des plus recommandables, prétendent que la société civile, à l'égal de la société commerciale, constitue aujourd'hui une personne morale. Cette thèse a surtout été défendue par Troplong et Duvergier. Ces auteurs affirment qu'elle était déjà soutenue avant eux et ils cherchent la preuve de cette

allégation dans le Droit romain et dans les écrits des anciens jurisconsultes. Quant au Droit romain, il n'accordait pas à la société privée les caractères de la personnification. Nous nous bornons à énoncer cette opinion sans chercher à la justifier, car, pour faire triompher notre thèse, il nous suffit d'avoir démontré que le courant d'idées qui prévalut sous l'empire de l'ancien droit, n'est pas à l'avantage du système défendu par Troplong et Duvergier.

**54.** Après avoir invoqué l'ancienne jurisprudence, ces auteurs s'adressent à la législation moderne. Malheureusement pour eux, ils puisent leurs preuves dans ce que la loi offre de plus incertain sous ce rapport, dans sa partie purement matérielle, dans les expressions que le législateur emploie pour traduire sa pensée. Ainsi, voulant démontrer que la société civile a bien été considérée par le législateur comme un être distinct des associés, ayant un actif, un passif propres, doué d'une volonté propre, agissant comme un individu, ils s'attachent au terme *société* qui revient dans différents articles du code civil, et ainsi ils arrivent à s'adjuger une facile victoire.

Voici, en effet, ce qu'on lit dans Duvergier :

" Des textes aussi précis que nombreux nous montrent la société agissant comme individu, ayant une volonté propre, propriétaire de biens, investie de droits, soumise à des obligations, tantôt créancière, tantôt débitrice de quelqu'un de ses membres.

" L'article 1845 dit expressément que l'associé est *débiteur* de son apport envers la société et que les rapports de l'associé avec la société sont ceux d'un vendeur avec son acheteur.

" L'article 1846 confirme cette doctrine en l'appliquant à une autre hypothèse ; et il reproduit l'expression de débiteur appliquée à un associé.

" L'article 1849 est incompatible avec l'idée de propriété, pour chaque associé, d'une portion des choses qui dépendent de la société.

" Les risques des choses mises dans la société sont réglés par l'article 1851, en partant du principe qu'elle est propriétaire, à moins de stipulation contraire.

" L'article 1867 parle aussi, et de la manière la plus explicite, de la propriété transmise à la société.

" Enfin, dans l'article 1852, on voit la société débitrice d'un associé. "

Nous ne craignons pas de le dire, envisager la question à ce point de vue, c'est l'amoindrir; recourir à ce genre de preuves, c'est confesser son impuissance. De pareils arguments n'ont, en effet, aucune valeur : car si la loi s'est servie de l'expression *société*, ce n'est pas en vue d'établir entre la société et les associés un antagonisme auquel elle ne songeait nullement. Le législateur n'a fait que recourir à une figure de langage aussi usuelle qu'elle est expressive. Cette figure consiste à désigner les individus dont la réunion se rapporte à une idée collective par le terme propre à rendre cette idée collective. C'est ainsi qu'on dit : l'école, l'armée, la foule. Veut-on exprimer par là que sous les mots *école, armée,* on comprend autre chose que l'ensemble des élèves, la réunion des soldats? Nullement; on a simplement fait usage d'une forme de langage plus rapide ou même seulement synonymique. Le mot *société* dans la bouche du législateur n'a pas une autre importance.

Et du reste, si nous voulions suivre nos adversaires dans la voie qu'ils se sont tracée, nous trouverions des arguments tout aussi concluants à leur opposer. Nous pourrions, en effet, nous réclamer des intitulés des deux sections du chapitre 3 : *Des engagements* DES ASSOCIÉS *entre eux, Des engagements* DES ASSOCIÉS *à l'égard des tiers.* Nous pourrions conclure de la rédaction de ces rubriques que, dans le système du législateur, la société n'existe pas pour les tiers, qu'il y a seulement des associés propriétaires pour leurs parts de tout ce qui appartient à la société, débiteurs pour leurs parts de tout ce qu'elle doit. Et, dans cet ordre d'idées, l'intitulé de la section deuxième et les articles dont elle se compose auraient pour nous une importance toute particulière. Car c'est uniquement dans les rapports de la société avec les tiers que notre question présente de l'intérêt; c'est dans l'examen de ces relations seulement que la controverse acquiert de l'importance. Or que fait le législateur dans la section deuxième? Met-il la *société* en présence des créanciers? Aucunement; il détermine exclusivement l'étendue des obligations des *associés.* Et s'il était vrai qu'il fallût

attacher à la présence ou à l'absence du terme *société* dans la bouche du législateur la signification que nos adversaires lui prêtent, ne pourrions-nous pas puiser dans la section deuxième un argument invincible dont nos adversaires ne sauraient avoir raison ?

Mais abandonnons ce terrain et dédaignons un genre de preuves dont l'emploi est aussi peu concluant en faveur de notre thèse, qu'il est incapable de la battre en brèche.

**55.** On invoquera peut-être contre nous l'art. 59 § 5 du code de procédure, qui dispose qu'en matière de société l'assignation sera donnée devant le juge du lieu où elle est établie, et qui, dans sa généralité, s'applique à la société civile non moins qu'à la société de commerce. Mais ce serait à tort : car cette disposition n'est pas fondée sur ce que la société constitue une personne morale ; elle a simplement pour but de faciliter la décision des contestations intéressant les affaires communes, en la confiant au tribunal le plus voisin du lieu où se trouvent déposés les documents de nature à éclairer la conscience du juge. S'il restait qnelques doutes à cet égard, ils seraient levés par la lecture du § suivant du même article. En effet, la loi adopte une mesure analogue à l'égard des successions, en donnant compétence au tribunal du lieu de l'ouverture. Or, il est certain que la succession, dans l'esprit du législateur, ne constitue pas une personne morale indépendante de la personne des héritiers.

**56.** Passons à un autre genre d'arguments.

Certains auteurs, tels que Bravard (*Traité de droit commercial*, t. I, p. 171), reconnaissent que, sous le droit romain et sous le droit coutumier, la société se confondait avec la personne des associés. Cet auteur en donne comme preuve la loi 68 du Digeste, *Pro socio*, et l'opinion de Pothier, qui tous deux permettent à chaque associé de vendre les choses communes pour sa part. Il résulte de là, dit-il, que, tout en cessant d'être propriétaires exclusifs de ce qu'ils mettaient en commun, les associés en devenaient cependant copropriétaires par indivis et conservaient la faculté d'aliéner et d'hypothéquer cette propriété. Or la législation moderne a répudié le système ancien et c'est l'art. 1860 c. civ. qui a proclamé la rupture. Cet article, en effet, enlève à

l'associé qui n'est pas administrateur, le pouvoir d'aliéner ou d'engager les choses même mobilières qui dépendent de la société et forme le contre-pied de la doctrine de Pothier. Les associés, sous le nouveau régime, ne sont donc plus censés propriétaires des choses communes; la propriété en a passé à un être qui n'est pas eux, à l'être abstrait société.

**57.** Mais le droit romain n'accordait pas d'une façon absolue aux associés la faculté de disposer de leur part dans la masse sociale. Ainsi, d'abord, l'aliénation ne pouvait produire aucun effet nuisible aux associés du cédant lorsque la convention sociale déterminait la durée de la société : le cessionnaire ne pouvait pas exercer l'*actio communi dividundo* avant l'expiration du terme stipulé (L. 14, § 3, D. *Communi dividundo*). La société continuait donc à jouir de l'objet vendu comme si la cession n'existait pas. Il faut même admettre que la société demeurait en possession de tous les droits que la convention sociale lui conférait sur le capital social. Si, par exemple, les coassociés ou quelques-uns des coassociés du cédant tenaient du contrat la faculté d'aliéner l'objet cédé, l'acte de cession ne faisait aucun obstacle à l'exercice de cette faculté. Ainsi présenté, le droit qu'avaient les associés de vendre leur part dans un objet commun, n'a rien qui nous effraye: nous démontrerons même qu'il leur appartient encore sous l'empire de la législation actuelle. Le cessionnaire ne pouvait donc immédiatement exercer l'action *communi dividundo* et demander la délivrance de la part de son auteur que si la société n'avait pas été constituée pour une durée limitée; et, alors encore, il était vrai de dire que la cession ne pouvait pas préjudicier aux associés, s'ils avaient auparavant pris soin de provoquer eux-mêmes le partage de leur communauté (L. 1 C. *Communi dividundo*).

**58.** Le système du droit romain n'est donc pas, autant qu'on le prétend, en contradiction avec celui de notre législation. Après avoir constaté ce point, démontrons que l'art. 1860 n'a pas la portée qu'on lui donne. Il n'a nullement pour objet d'enlever aux associés individuellement le droit d'aliéner les biens communs pour leur part.

Supposons, en effet, que Bravard ait raison; il faut néanmoins reconnaître que cet article exprime une réserve au

profit de l'associé administrateur. Si donc notre prémisse était exacte, celui-ci pourrait exercer la faculté refusée aux autres associés; il pourrait donc disposer de tout le fonds commun avec la plus entière latitude; il n'y aurait pas lieu de distinguer à son égard entre ce qui est vénal et ce qui ne l'est pas. Or, cette conclusion est inadmissible: l'administrateur est un mandataire et, en agissant comme nous le disons, il excéderait ouvertement les bornes de son mandat; il n'a d'autre droit que celui de gérer. Mais disposer isolément des parties du fonds commun qui, d'après la convention sociale, ne doivent pas être aliénées, ce n'est pas faire acte de gestion, c'est faire acte de maître.

Non, l'art 1860 n'a pas cette signification. Il suppose que certaines choses ont reçu du contrat la destination d'être vendues, et il déclare que l'associé chargé de la gestion a seul, vis-à-vis de ses coassociés, le pouvoir d'en disposer. En définitive cet article était assez inutile: il ne fait qu'appliquer à un cas particulier le principe énoncé dans l'art. 1859 1° et d'après lequel l'administration, quand elle est réservée à l'un des associés, ne peut être exercée par les autres; cette règle est étendue à l'aliénation des choses communes, quand cette aliénation constitue un acte de gestion.

On peut même dire qu'aucune disposition du code civil n'enlève aux associés le droit de dépouiller la société, par des actes d'aliénation, des choses formant le capital commun. Cette prohibition, si elle existe, n'est prononcée nulle part; elle résulte implicitement, comme nous le verrons, des principes, de l'essence même du contrat de société.

Dans tous les cas, l'art. 1860 n'a pas modifié les éléments de notre question. Après comme avant sa promulgation, elle se présente dans des termes identiques.

**59.** La cour de cassation de France considère les sociétés civiles comme des personnes morales, quel qu'en soit l'objet et quelle qu'en soit la forme. Ainsi, non seulement les sociétés civiles anonymes sont pour elle des êtres moraux distincts des associés [4]; mais elle traite de la même façon les sociétés civiles occultes. Cette jurisprudence résulte de plusieurs arrêts,

[4] Req. 5 nov. 1855; D. P. 56, 1. 354.

dont le plus ancien remonte au 8 novembre 1836. Le principe admis par la cour y est très-nettement affirmé [5]. L'arrêt indique en outre les différentes dispositions du code civil sur lesquelles la cour fonde son opinion; ce sont celles-là mêmes qui sont invoquées par Duvergier dans le même but et que nous avons citées plus haut.

La jurisprudence des cours d'appel de France est conforme à celle de la cour de cassation. Nous nous bornerons à mentionner un arrêt de la cour de Paris du 6 mars 1849 (D. P. 1849, 2, 180) et un arrêt de la cour d'Orléans de date assez récente; il est du 26 août 1869 (D. P. 1869, 2, 185). Ces deux arrêts sont très-explicites. Le dernier consacre même la plus importante des conséquences qui découlent de la personnification; il concède aux créanciers sociaux un droit de préférence sur les objets communs par rapport aux créanciers des associés : " Attendu, dit-il, que les sociétés civiles forment un corps moral, une personne distincte des associés, ayant des droits et des obligations distinctes des droits et des obligations de chacun d'eux; que tant que dure une société, les associés n'ont sur les immeubles en faisant partie aucun droit indivis et privatif de copropriété, mais seulement un intérêt constituant un droit purement mobilier; d'où il suit que l'inscription de l'hypothèque légale de la femme d'un associé à raison des apports matrimoniaux, ne saurait utilement s'asseoir sur l'immeuble social ".

Sous un autre rapport, la jurisprudence française a montré moins de logique. Ainsi elle refuse à la société civile le droit d'ester en justice sous le nom du gérant; tous les associés doivent être en nom dans les qualités de l'instance; c'est ce que nous constaterons plus loin.

60. La cour de cassation de Belgique avait commencé par se rallier à l'opinion de la cour suprême de France. En 1853, ayant à se prononcer sur le caractère d'une association formée à Tournai par des religieuses dites de Saint-André, dans le but de créer un pensionnat de jeunes filles, elle reconnut à cet établissement le caractère d'entreprise purement civile, et néanmoins elle l'admit au rang de personne

[5] Dalloz, v° *Exploit*, n° 99.

civile : " Attendu en effet, dit-elle, qu'il est de l'essence de toute société de donner naissance à un être collectif distinct des associés, la société; que cet effet du contrat de société est le même dans les sociétés civiles que dans les sociétés commerciales; que l'applicabilité aux sociétés civiles du principe écrit dans l'art. 529 du code civil résulte encore du texte de la loi du 21 avril 1810 sur les mines, portant en son article 8 " que les actions ou intérêts dans les sociétés ou entreprises pour l'exploitation des mines sont réputés meubles conformément à l'article 529 du code Napoléon ", disposition qui n'est point, comme le prétend le demandeur, extensive de l'art. 529 à un cas particulier, mais qui ne fait que rappeler un principe commun à toutes les sociétés, ainsi que cela résulte de l'ensemble des articles 1845, 1846, 1847, 1848, 1851, 1852 et 1859 du même code " (30 avril 1853. P. 267).

Mais peu de temps après, en l'année 1855, la cour de cassation consacra la doctrine opposée. Voici ce qu'elle dit : " Attendu que si le contrat de société est considéré en droit comme donnant naissance à un être moral, c'est par une fiction théorique, conçue pour distinguer les biens qui appartiennent aux associés par indivis dans les conditions de la société, de ceux qui leur sont exclusivement propres; que cet être moral n'empêche donc pas que la propriété des biens de la société ne réside en réalité dans les personnes des associés chacun pour sa part, etc. " (22 juin 1855. P. 346).

Enfin la cour suprême de Belgique compléta sa doctrine en reconnaissant que le principe qu'elle venait de proclamer n'était pas applicable aux sociétés formées pour l'exploitation des mines : " Considérant, dit-elle, que la société charbonnière est une société *sui generis*, qui diffère essentiellement de la société réglée par le code civil; qu'elle forme un être moral qui a sa personnalité propre, entièrement distincte et indépendante de la personne de chacun des associés ou actionnaires ". (17 juin 1864; P. 65, p. 52).

La cour de Bruxelles applique ce principe au cas où un actionnaire revendique une partie du fonds social (1 mai 1854; P. 1857, 111).

D'après un autre arrêt de la même cour, une société

charbonnière formant un être moral seul propriétaire de l'actif social, les actionnaires n'ont pas le droit d'intervenir dans les procès existants entre la société représentée par les administrateurs et des tiers pour y conclure en leur nom personnel et en leur qualité d'actionnaires (4 fév. 1863, 111)[6].

**61.** Il ne nous suffit pas d'avoir démontré que la société civile ne constitue pas une personne morale distincte des associés. Il faut de plus examiner les conséquences de notre principe et voir l'influence qu'il exerce dans les rapports des associés entre eux et dans les rapports des associés avec les tiers.

## II. Obligations des associés entre eux. — Nature du contrat de société.

**62.** La première obligation contractée par les associés est celle de réaliser leur apport. Cet engagement est pris par chaque associé envers chacun de ses coassociés : car aux termes de l'art. 1832 c. civ., la société est un contrat par lequel les parties conviennent de mettre quelque chose en commun.

MM. Championnière et Rigaud ne sont cependant pas de cet avis. A les en croire, l'obligation est contractée envers l'être moral : " Les associés, disent-ils, ne s'engagent pas immédiatement l'un envers l'autre ; une tierce personne vient se placer entre eux. " Nous avons donc à démontrer qu'il

[6] Le code de procédure étant soumis en Belgique à un travail de révision, les membres de la commission chargée d'élaborer le projet d'un code nouveau ont dû se préoccuper de la nature des sociétés civiles. Le rapport présenté par M. Albéric Allard au nom de cette commission constate que la majorité des membres qui la composent s'est prononcée en faveur de l'opinion que nous défendons. Voici, en effet, ce qu'on lit dans ce document : " Enfin une vive controverse s'est élevée sur la valeur des sociétés civiles. La majorité de la commission est d'avis qu'elles ne constituent pas une personnalité distincte de celle des associés (Arg. *a contrario* des art. 529 C. civ. et 69 n° 6 C. de procéd.). Traiter ici cette grave question d'une manière approfondie serait un hors d'œuvre, puisque le projet se rallie à l'opinion adoptée par la jurisprudence belge et par le plus grand nombre des commentateurs ".

n'est pas nécessaire de recourir à une fiction, qu'il suffit de considérer le droit individuel des associés pour obtenir de l'obligation en question une exécution aussi satisfaisante que possible.

Voici probablement le raisonnement qui aura conduit nos contradicteurs à introduire dans notre question l'idée d'une personne morale : " Supposez que les associés s'obligent les uns envers les autres à réaliser leurs mises et vous ne parviendrez jamais à en obtenir le versement intégral. En effet, si l'on applique le droit commun, l'obligation globale, si l'objet en est divisible, se fractionnera en autant d'obligations partielles qu'il y a de créanciers, c'est-à-dire d'associés; chacun de ceux-ci ne pourra donc obtenir que sa part virile. Or ce n'est évidemment pas là une solution satisfaisante, quand on considère le but de tout contrat de société. Il faut donc admettre que les associés s'engagent envers un être distinct des associés considérés comme individus; et ce ne peut être qu'envers l'être collectif." Non certainement, le résultat auquel ce raisonnement aboutit n'est guère satisfaisant; mais le motif en est qu'il procède mal : il suppose que les associés s'obligent envers chacun de leurs coassociés à réaliser une part de leurs mises. Mais cet aperçu est inexact. L'associé qui promet d'apporter une somme d'argent, contracte envers tous et chacun de ses associés l'obligation de la verser intégralement sans déduction possible des parts revenant aux associés du demandeur. Il est en effet de l'essence du contrat de société que la mise tout entière soit versée entre les mains de l'associé qui a le droit de la réclamer : car les associés ne se proposent pas d'obtenir une certaine somme les uns des autres; ils veulent créer un capital commun qui doit servir à la production de bénéfices; chaque associé a donc un intérêt personnel, individuel, à ce que les autres parties y contribuent de la manière stipulée. En définitive, si l'obligation n'est pas indivisible dans le sens de l'art. 1217 c. civ., elle l'est du moins dans le sens de l'art. 1197 : elle est contractée envers plusieurs créanciers solidaires [1].

[1] Voici ce qu'on lit dans le traité *Des sociétés*, par ALAUZET, n° 168 :

" Dans tous les cas le contrat que nous examinons a sa nature particulière et ses conditions d'existence; et l'obligation doit être accomplie, telle qu'elle a

Nous disons que chaque associé a un intérêt personnel, individuel à exiger le versement des mises de ses coassociés. Il est vrai que cet intérêt est commun à tous les autres associés: car il ne peut rien faire pour lui-même qui ne profite à ceux-ci; et, après avoir réclamé le payement intégral de toutes les mises et leur avoir fait produire des bénéfices, il devra partager ces bénéfices avec ses cointéressés. Mais il n'en est pas moins vrai que, même dans ces conditions, il a un intérêt propre à demander la réalisation complète des apports, puisqu'il peut légitimement désirer que les bénéfices soient le plus considérables : sa quote-part en sera augmentée d'autant; et, pour arriver à ce résultat, il est indispensable que le travail commun puisse s'exercer sur le capital social tout entier.

L'obligation d'apport nous semble donc contractée solidairement par chaque associé envers chacun de ses coassociés. Si l'on repousse cette explication, il devient impossible, en dehors du système de la personnification, d'accorder au gérant le droit de réclamer le payement intégral des mises; il n'en peut tout au plus demander que sa part virile calculée eu égard au nombre total des associés. Lui permettre d'en exiger davantage, c'est inévitablement reconnaître que la société forme une personne morale et que l'administrateur la représente. On répondra peut-être que le droit du gérant à l'intégralité des mises constitue l'un des principes particuliers de la société. C'est précisément ce que nous disons; mais nous prétendons en outre que ce principe est injustifiable si l'on n'admet pas l'obligation solidaire et réciproque des associés.

**63.** Chaque associé étant le créancier personnel et solidaire de ses coassociés, il peut seul poursuivre en justice ceux qui sont en retard de verser leurs mises. La demande est régulièrement formée quand même les autres associés ne figureraient pas en nom dans les qualités de l'instance. On ne pourrait pas, en effet, objecter au demandeur que nul ne plaide par procureur. Car il n'est pas créancier pour sa part seulement et il ne représente pas ses coassociés pour le surplus. Il agit en son

été prise et par l'associé lui-même, non envers l'un ou l'autre des associés, nous le répétons, mais envers tous *d'une manière indivisible* à ce point de vue particulier ".

nom seul et en vertu d'un intérêt individuel; il est créancier pour le tout et la condamnation devra être prononcée exclusivement à son profit. Si l'on n'adopte pas cette solution, il faudra décider que tous les associés de l'associé débiteur doivent figurer dans l'instance; mais cette façon de procéder, loin de faire disparaître les difficultés, en augmente le nombre. Supposons, en effet, une société contractée entre Primus, Secundus et Tertius. Primus refuse d'effectuer son apport et Secundus l'assigne en justice. On veut donc que Tertius figure dans l'instance à côté de Secundus pour que Primus puisse être condamné à payer la totalité de sa mise. Mais si l'on refuse de considérer l'obligation d'apport comme solidaire, l'adjonction de Tertius à Secundus ne pourra pas davantage autoriser à prononcer contre Primus une condamnation intégrale : car chaque associé, dans notre hypothèse, représente l'intérêt collectif pour un tiers. Secundus et Tertius, à eux deux, ne pourraient donc demander à Primus que les deux tiers de sa mise. S'ils peuvent ensemble en réclamer la totalité ce n'est pas par le motif qu'ils figurent tous les deux dans la demande, c'est parce qu'ils ont chacun individuellement droit à l'intégralité.

Nous n'avons rien à reprendre à notre solution lorsque la convention n'institue aucun des associés administrateur. Mais supposons que les associés aient confié la gestion à un des leurs; il est certain que cet associé a seul le droit de recevoir les mises et de donner quittance. L'associé débiteur de son apport peut très-légitimement se refuser à payer entre les mains d'un autre; car ce dernier n'a pas qualité pour toucher, et, en payant, le premier ne serait pas libéré. Mais résulte-t-il de là que le gérant ait seul le droit de poursuivre l'associé en retard? Ne pourrait-on pas faire le raisonnement suivant : " Il est vrai que je n'ai pas qualité pour toucher la mise de mon coassocié qui ne la verse pas entre les mains du gérant; mais j'ai cependant un intérêt personnel à ce que ce versement s'opère; et, comme l'administrateur demeure dans l'inaction, aucune règle de procédure ne s'oppose à ce que moi j'agisse. La condamnation sera donc prononcée à mon profit; mais comme je suis privé de la gestion, comme je ne puis toucher les créances sociales ni donner quittance, ce sera au gérant à intervenir alors

et à recevoir." Nous croyons cependant qu'il ne peut en être ainsi; car, en supposant que le demandeur ait qualité, il ne pourrait faire exécuter à son profit le jugement obtenu. Le seul remède à l'inertie du gérant consiste à provoquer sa destitution, et, si elle est obtenue, les associés rentrent dans leurs droits individuels.

**64.** Chaque associé étant créancier personnel de ses coassociés, il peut faire remise gratuite à son associé de ce que celui-ci doit à titre d'apport ou l'en tenir quitte moyennant telle condition qu'il lui plaît de stipuler. Cette convention est certainement obligatoire entre les parties qui l'ont conclue. La dette peut même s'éteindre en vertu des règles ordinaires en matière de compensation; si donc l'associé en retard devient créancier d'un coassocié d'une somme égale ou supérieure à celle qu'il doit à titre de mise, le second ne peut plus rien réclamer; sa créance est éteinte aussi complètement que dans les deux premières hypothèses.

Mais il s'agit de savoir si cet associé est libéré envers ses autres coassociés. En principe, quand la convention ne confie l'administration des affaires communes spécialement à aucun des associés, tous ont qualité pour se livrer à des actes de gestion. Ils peuvent donc chacun réclamer le payement des sommes dues et donner quittance. Le débiteur qui a payé à l'un d'eux est donc alors libéré vis-à-vis des autres. Cette règle est applicable entre associés : chacun d'eux peut recevoir le payement de ce qu'un associé doit du chef de sa mise; et une fois que celui-ci s'est acquitté de la sorte, il ne peut plus être inquiété. Peu importe que le premier ait dissipé les deniers reçus ou qu'il les ait appliqués aux affaires sociales. Tous les associés sont tenus du fait de leur mandataire. Mais la raison l'indique, un associé n'est réellement libéré à l'égard de tous ses coassociés que l'orsqu'il a effectivement versé entre les mains de l'un d'eux la chose qu'il s'était obligé à fournir; il est libéré parce que la loi suppose que cette chose payée à un associé aura été versée par ce dernier dans la caisse commune ou bien aura été consacrée aux besoins communs. Mais si un associé a renoncé en faveur de l'un de ses coassociés au droit d'exiger le payement de son apport, s'il lui a fait remise de cette dette, ou s'il se trouve vis-à-vis de

lui dans les conditions légales de la compensation, le premier sera, il est vrai, privé de toute action contre le second; mais de là ne résulte pas que les autres associés soient tenus à la même réserve: car il est certain que l'associé débiteur n'a pas rempli son obligation de mettre à la disposition de la société la somme promise ou tout autre capital devant servir à la production de bénéfices. D'un autre côté, l'associé qui a touché la mise de son coassocié par voie de compensation ou qui lui en a fait remise gratuitè, n'a pas agi comme mandataire des autres associés. Ceux-ci lui avaient bien, en effet, donné pouvoir de percevoir les apports, mais non de contracter des dettes dans son intérêt personnel, de manière à donner aux débiteurs communs le moyen d'opposer la compensation. Celui qui doit encore sa mise demeure donc obligé envers ces associés, nonobstant la compensation ou la remise en question, et il peut être condamné à la leur payer intégralement, sans défalcation possible de la part revenant à l'associé qui s'est obligé personnellement à son égard : car son obligation n'a pas changé de nature ni d'étendue; les demandeurs sont toujours ses créanciers solidaires, ils ont toujours le même intérêt à avoir en leur possession, dans toute son intégrité, la somme, l'objet promis dès l'abord.

**65.** Il faut cependant admettre ceci avec une réserve: les associés n'ont aucune action contre l'associé en retard, si celui qui a fait remise de la dette d'apport ou qui a donné lieu à la compensation, a été institué gérant par eux, tant que son mandat n'est pas révoqué: car alors ils se sont dépouillés du droit d'exiger le payement des mises de leurs coassociés. Du reste leurs intérêts n'en souffriront pas si le gérant est solvable: car celui-ci, comme tout mandataire, est responsable de l'inexécution de son mandat. Il devra donc compte à ses coassociés de toutes les sommes qu'il devait toucher, de tous les bénéfices qu'elles devaient produire, comme s'il les avait réellement touchées, comme s'il les avait effectivement employées à alimenter l'industrie sociale. Il est dans la même position, à cet égard, qu'un administrateur qui détourne une somme de la caisse commune pour l'appliquer à ses propres besoins, ou qui après avoir reçu payement de la mise d'un associé, lui en fait don ou la dissipe en folles dépenses (art. 1846 c. civ.).

Si, au contraire, l'administrateur est insolvable, les associés n'auront, comme nous l'avons dit, d'autre refuge contre son incurie, contre ses malversations, que la révocation d'un gérant infidèle, ou la rupture du lien social, si cette révocation ne peut être obtenue.

**66.** L'administration de la société peut être confiée à un tiers étranger à la société. Dans ce cas, chaque associé débiteur de sa mise ne sera libéré vis-à-vis de ses coassociés que s'il paye effectivement entre les mains de cet administrateur : car ils se sont tous privés les uns envers les autres du droit de gérer. Mais le gérant qui n'a aucun intérêt personnel au payement des mises, ne pourrait, en son propre nom, poursuivre en justice les associés retardataires. La demande devrait être intentée au nom d'un des associés; cela suffirait, puisque cet associé a le droit d'exiger l'exécution entière de l'obligation.

Naturellement il ne peut être question de compenser ce qu'un associé doit à titre de mise, avec ce que le gérant étranger à la société doit personnellement à cet associé, les deux créances n'existant pas entre les mêmes personnes respectivement débitrices et créancières.

**67.** Ce que nous venons de dire de l'obligation principale incombant à tout associé d'acquitter sa mise, s'applique également à toute autre dette qu'il peut avoir contractée envers ses associés et dont le principe réside ou bien dans la loi ou bien dans les circonstances (art. 1846 c. civ.). Ainsi, tout associé doit dédommager ses coasssociés du préjudice qu'il leur cause par son fait. Supposons, par exemple, qu'un associé prenne une somme d'argent dans la caisse commune pour la consacrer à son utilité personnelle. Il est tenu de la restituer, et l'exécution de cette obligation peut être poursuivie d'après les principes développés plus haut. Si, en privant la société de cette somme, il lui cause un préjudice, il est obligé de le réparer en payant les intérêts légaux ou toute autre somme supérieure à ces intérêts, s'il y a lieu. Le droit d'exiger cette réparation appartient de même à chacun des associés en l'absence de clause réservant la gestion à l'un d'eux. Il peut donc réclamer en son nom la somme intégrale, si cette somme représente un capital. Si une partie de cette somme seulement offre ce caractère, alors que le surplus, calculé d'après les

clauses du contrat de société, doit être réparti à titre de bénéfices entre les associés, la première portion ne peut être réclamée qu'une fois de l'associé responsable; mais elle peut l'être solidairement par chacun de ses coassociés. Tous, au contraire, peuvent lui demander concurremment leur quote-part dans la seconde fraction : car les bénéfices, dès le moment qu'ils existent et qu'ils peuvent être déterminés, font partie du patrimoine disponible de chaque associé (Infrà n° 104); dès lors celui-ci peut en exiger sa part.

**68.** Un associé peut avoir une indemnité à réclamer de la société. Cette éventualité est même prévue par l'article 1852 c. civ. La société civile n'ayant pas à nos yeux une existence distincte de la personne des associés, le demandeur doit diriger sa demande contre ses coassociés personnellement. Il ne pourrait l'intenter seulement contre l'administrateur en titre; du moins il ne pourrait obtenir condamnation contre celui-ci que pour sa part et portion. En effet, décider autrement, ce serait reconnaître que la société constitue une personne morale et qu'elle est représentée par le gérant aussi complètement que la société en nom collectif.

**69.** D'après ce qui précède, il est facile de déterminer l'un des caractères du contrat de société. Chacune des parties s'oblige à mettre quelque chose en commun, c'est-à-dire que, par le contrat lui-même, la propriété de toutes les mises est rendue commune à tous les associés en proportion de la part que le contrat fait à chacun d'eux dans le fonds social. Le droit romain disait : " *res continuo communicantur.* " De son côté, Pothier écrit : " Lorsqu'en exécution de ce contrat, elles ont effectivement mis en commun ce qu'elles étaient convenues d'y mettre, c'est une communauté qui se forme entre elles [2] "; et plus loin il ajoute : " Celui qui met une chose en société ne cesse pas entièrement d'en être propriétaire, mais seulement pour une part qu'il transfère à son associé en la rendant commune [3] ". Ainsi donc, nul doute : chaque associé devient, au jour du contrat, propriétaire pour sa part indivise de tout ce que les associés apportent dans la

[2] *Traité du contrat de société*, n° 2.
[3] *Ibid.* n° 3.

société. Ils acquièrent un droit semblable dans ce que la société gagne pendant tout le cours de sa durée. C'est du reste à ce fonds ainsi composé que s'appliquera un jour l'action en partage; or, l'exercice de l'action en partage suppose nécessairement que la personne à qui elle compète, est propriétaire. Le contrat de société est donc translatif de propriété. De plus le titre en est onéreux. Pothier dit: " Enfin ce contrat est du nombre des contrats commutatifs; chacune des parties contractantes entend recevoir autant qu'elle donne [4] ". Et, en effet, quand je mets quelque chose en société, j'y suis déterminé parce que je sais que mon coassocié fait un apport plus ou moins considérable dont tôt ou tard j'aurai ma part, ou que telle personne dont l'industrie est très-précieuse pour la bonne conduite de l'exploitation projetée, consent à prêter son concours à l'entreprise. Enfin ce qui surtout constitue la cause de la convention d'apport, ce qui amène les parties à se dépouiller d'une portion de leur patrimoine, c'est l'espoir de réaliser des bénéfices plus ou moins importants. Devant cette considération, il est impossible de refuser à la convention d'apport le caractère d'une convention à titre onéreux. C'est cependant ce que font Championnière et Rigaud dans leur Traité sur les droits d'enregistrement: " Quant aux mutations de biens mis en commun, disent-ils, elles ne dérivent ni d'un contrat translatif à titre onéreux, puisque la société ne donne rien en échange, ni d'une donation entre vifs, car l'intention de libéralité ne s'y rencontre pas " (n° 2743). Plus loin les mêmes auteurs reviennent encore sur ce point et ils disent: " Ce qui caractérise la mise sociale et la distingue de toute autre transmission, c'est, ainsi que nous l'avons déjà dit, l'abandon que fait l'associé de la chose qu'il met en commun sans libéralité et pourtant sans stipulation d'un équivalent; c'est à sa qualité d'associé qu'il doit le droit aux bénéfices; ce droit est la compensation des pertes qu'il doit éprouver, mais non l'équivalent de son apport, puisque, dans la pensée des contractants, il doit en dépasser la valeur ". " Le droit aux bénéfices, disent-ils encore, n'est pas un équivalent parce que les bénéfices sont des fruits ou des produits

[4] *Ibid.* n° 7.

des mises ". Cet argument n'est guère solide: car s'il pouvait valoir, il faudrait décider que la constitution de rente, dans l'ancien droit, n'était pas non plus un contrat à titre onéreux de la part du constituant. Lui aussi, aurait-on pu dire, il se dépouillait de son capital sans équivalent puisqu'il ne recevait non plus que les intérêts de ce capital, moins heureux même qu'un associé, car il n'avait pas, comme celui-ci, l'espoir de rentrer un jour dans quelque partie de la somme aliénée.

Nous avons peine à comprendre la pensée de nos auteurs, et nous ne parvenons à l'expliquer que par le désir de concilier la disposition de la loi du 22 frimaire an 7, qui affranchit les actes de société de tout droit proportionnel, et celle qui soumet à un droit de cette nature les actes opérant translation de propriété. Ne voulant pas reconnaître que la première contient une dérogation au principe général, Championnière prend le parti de nier que, dans le système du législateur, la société emporte mutation de biens.

En résumé, la théorie de Championnière nous semble fausse. Le contrat de société est un contrat translatif de propriété à titre onéreux. En cédant à chacun de ses coassociés une part de son apport, l'associé qui l'effectue gagne une part dans les leurs, et il acquiert la chance de réaliser, sous forme de bénéfices, des profits bien supérieurs aux fruits naturels ou civils de sa mise.

**70.** Les associés deviennent donc réellement, dès le jour du contrat, copropriétaires de tous les biens corporels (Infrà n° 78) que chacun d'eux déclare apporter en commun sans s'en réserver la propriété. Ils sont pareillement copropriétaires, nous le verrons tantôt, de tous les biens corporels acquis pour la société pendant l'existence de celle-ci. Y a-t-il un inconvénient à admettre ces deux propositions au point de vue de l'intérêt même des associés, du succès de leur entreprise ? Delangle soutient l'affirmative : " En principe, dit-il, quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir (art. 2092 du code civil). Il suit de là que quelque emploi que le débiteur ait fait de son patrimoine, le créancier peut le saisir; s'en emparer, s'il s'agit d'une somme d'argent; s'il

s'agit de meubles ou d'immeubles, les faire vendre et s'en appliquer le prix à concurrence de la dette. L'indivision ne porte aucune atteinte aux droits du créancier : seulement comme il ne peut saisir que ce qui appartient à son débiteur, la loi lui impose l'obligation de provoquer préalablement le partage, et, cette condition remplie, il peut exercer son action dans toute sa plénitude. Il est facile de comprendre qu'accorder les mêmes droits au créancier personnel d'un associé, c'est rendre les sociétés à peu près impossibles. Quelles spéculations peut-on entreprendre quand il n'y a pas de sécurité sur la conservation des fonds communs, et quand on peut craindre qu'au moment où la société aura besoin de ses capitaux pour acquitter ses engagements, le créancier personnel d'un associé les arrêtera par une saisie ? "

Delangle pense donc que si l'on écarte la fiction qui fait du fonds social le patrimoine d'un être moral distinct des associés, on est fatalement amené à reconnaître que les créanciers de l'un d'eux peuvent, au nom de leur débiteur, provoquer le partage de la masse commune, afin de saisir la part qui en sera attribuée à celui-ci. Or rien n'est plus faux : car les créanciers d'une personne ne puisent le droit de saisir son patrimoine que dans l'art. 1166 c. civ.; ils ne peuvent faire vendre ses biens que parce qu'elle-même peut les aliéner et employer le prix obtenu à éteindre son passif. Mais ce que le débiteur ne peut faire, ses créanciers ne peuvent se le permettre non plus. De là résulte que lorsqu'un individu, sans dessein frauduleux, par une convention loyale, s'est dépouillé du droit de disposer actuellement d'une partie de ses biens, en a transmis la jouissance à autrui, ses créanciers sont tenus de respecter cet arrangement au même titre que lui-même. C'est du reste en vertu du même principe que la convention par laquelle une personne donne une de ses propriétés en bail à un tiers, est obligatoire pour ses créanciers. Le danger que Delangle signale n'est donc pas à craindre dans notre système. La société jouira paisiblement, pendant toute son existence, de tous les droits que le contrat lui permet d'exercer sur le patrimoine social (Infrà, nos 121 et s.).

Si les créanciers d'un associé ne peuvent actuellement

provoquer le partage du fonds social, ils peuvent du moins saisir et faire vendre sa part indivise. Car tout créancier a le droit de saisir et de faire vendre le patrimoine de son débiteur, et l'exercice de ce droit ne saurait léser en quoi que ce soit les intérêts légitimes de la société. Nous verrons plus loin quelle est la valeur de la saisie en question (infrà, n° 109).

### III. Analyse de ce qu'on est convenu d'appeler l'actif social.

**71.** En fait d'immeubles, l'actif social comprend d'abord tous ceux que les associés ont apportés dans la société, sans s'en réserver la propriété. Cependant ces immeubles ne seront censés, aux yeux des tiers, appartenir à tous les associés par indivis que s'ils se trouvent désignés dans le contrat de société et si cet acte est transcrit au bureau des hypothèques, conformément à la loi du 16 décembre 1851. Il y a, en effet, translation de propriété immobilière. A défaut de l'accomplissement de cette formalité, l'associé qui a fait un apport immobilier serait donc encore propriétaire à l'égard des tiers, et il pourrait en disposer de nouveau. L'immeuble en question continuerait aussi à former le gage de ses créanciers particuliers; ceux-ci pourraient le saisir actuellement et en totalité.

**72.** Le capital social comprend encore les immeubles acquis par la société pendant son existence, et l'acte de société devra également être transcrit avant de pouvoir être opposé aux tiers.

Il est cependant nécessaire de faire ressortir ici une nuance assez délicate; elle a son importance.

Supposons le cas suivant : les associés ont acheté un immeuble en commun, en déclarant que l'acquisition est faite pour la société et l'acte est transcrit au bureau des hypothèques. Le bien en question appartient incontestablement aux associés par indivis; mais peut-on le regarder comme faisant partie du capital social? Si la solution est affirmative, il sera

soumis aux règles applicables au capital de la société. Ces règles on peut les résumer ainsi : la faculté qu'ont les associés de disposer de leur part dans les biens communs, est sujette à certaines restrictions découlant de la convention sociale elle-même (infrà n° 109); et les créanciers de l'un des associés n'ont pas plus de droit que leur débiteur (infrà n° 121). Si la solution est négative, les associés peuvent aliéner leur part de la même façon qu'ils le pourraient s'il n'existait pas de société entre eux; ils peuvent donc immédiatement provoquer le partage. Quant à leurs créanciers ils ont le droit de saisir actuellement la part de leur auteur après avoir fait délimiter cette part. Eh bien, la réponse à notre question sera affirmative lorsque l'immeuble acquis en commun joue réellement dans la société le rôle de capital, s'il concourt à la réalisation du but que l'on s'est proposé en s'associant, c'est-à-dire à la production de bénéfices (arg. de l'art. 1832 c. civ.). C'est sous cette condition seulement qu'il est permis de stipuler que l'indivision durera plus de cinq années (art. 1832 et 815 c. civ.), de la prolonger même pendant toute la vie des associés. Lorsqu'au contraire il est impossible de découvrir le moindre rapport entre l'acquisition et la convention sociale antérieurement contractée, il y a simple indivision régie par l'art. 815 et non par l'art. 1832. Tel serait le cas si la société avait pour objet la pêche maritime et que les associés eussent acquis des prairies, des terres labourables. Les créanciers personnels, chacun en ce qui le concerne, pourraient saisir ces immeubles sans attendre la dissolution de la société : car la possession de ces biens ne forme pas une condition de la production des bénéfices entrevus. Chaque associé peut très-bien aliéner sa part sans contrevenir au contrat de société, sans amoindrir les droits que ses coassociés puisent dans ce contrat. Or ce qui est permis aux associés l'est également à leurs créanciers personnels.

Cependant les associés qui seraient convenus de maintenir l'indivision pendant cinq années, ne pourraient provoquer le partage avant l'expiration de ce délai, et cette convention, nous le pensons, serait obligatoire pour leurs créanciers (art. 1166 c. civ.).

**73.** La société devient donc propriétaire, sous les con-

ditions susdites, lorsque tous les associés interviennent personnellement dans l'acte d'achat. En est-il de même quand un seul d'entre eux comparaît ? Oui, évidemment, si celui-ci déclare qu'il acquiert tant pour lui que pour ses coassociés. Mais les associés ne deviendraient pas propriétaires, au regard des tiers, si la société était désignée dans l'acte d'acquisition par une dénomination qui ne rappelle le nom d'aucun associé et qui lui est donnée dans le contrat de société, telle que *la société Saint-Donatien, le collége Saint-Michel.* Il importerait peu que l'acte d'acquisition fût transcrit au bureau des hypothèques. Cette solution résulte de ce que la société civile ne forme pas une personne morale; elle est aussi en harmonie avec les principes sur lesquels repose la loi du 16 décembre 1851 (v. infrà n° 274).

**74.** Supposons enfin que l'acquisition ait été faite par le gérant en son propre nom et que la transcription ait été accomplie. Nous croyons que le gérant est devenu exclusivement propriétaire, quand même le prix aurait été payé à l'aide de deniers pris dans la caisse commune. Dans ce cas, les coassociés n'auraient contre lui qu'une action en indemnité, c'est-à-dire une simple créance, et de ce chef ils concourraient avec ses autres créanciers sur son patrimoine comprenant l'immeuble acquis.

Le contraire a cependant été jugé par la cour de cassation de France. Il s'agissait, il est vrai, d'une société commerciale; mais la décision de la haute cour n'est basée sur aucun des principes spéciaux à la société de commerce, ni surtout sur le principe de la personnification; aussi, pour ce motif, pouvons-nous discuter à cette place la doctrine de la cour suprême.

Dans l'espèce, le gérant d'une société avait acquis un immeuble en son nom propre; mais il avait inscrit sur le registre de la société la mention du prix payé et des frais déboursés. Peu de temps après, il convertit ce bâtiment en une manufacture au service de l'industrie sociale. Les circonstances ayant convaincu la cour que le gérant avait agi dans l'intérêt de la société, elle déclara celle-ci propriétaire. La cour d'appel de Dijon, dont la cour de cassation consacra la doctrine s'exprimait ainsi: " Considérant que c'est la société manufacturière qui seule et immédiatement a pris possession

de la maison comprise en la dite vente; que c'est pour son compte que des changements coûteux ont été faits, que des métiers nombreux ont été placés, etc. ". Puis la cour ajoute: " Attendu en droit que s'il est vrai que, lorsque le gérant d'une société traite seul dans un acte, il est censé avoir traité en son propre nom, néanmoins lorsqu'il s'élève des difficultés entre la société et des tiers, on doit rechercher si l'acte émane du gérant agissant dans son intérêt ou agissant dans l'intérêt de la société " (19 août 1846. D. P. 1846. 1.360).

La théorie de la cour de cassation nous semble des plus contestables, quand même on en ferait l'application aux sociétés de commerce. Certainement, pour qu'un engagement pris par le gérant oblige la société, il n'est pas indispensable qu'il soit souscrit de la raison sociale; la simple signature du gérant pourra créer une dette sociale; il suffit, en effet, que les tiers aient pu croire légitimement qu'en traitant avec l'administrateur ils traitaient avec la société, qu'ils avaient la société pour obligée. Aussi cette opinion est-elle universellement adoptée. Mais c'est à nos yeux commettre une erreur manifeste que d'invoquer en faveur des associés contre les tiers une règle introduite en faveur des tiers contre les associés. Dans l'espèce, les tiers créanciers personnels du gérant, avertis par le registre des transcriptions, ont dû croire que l'immeuble en question appartenait à leur débiteur, et c'est exiger d'eux une vérification impossible que de les astreindre, ainsi que le fait la cour de cassation, à s'enquérir préalablement si leur débiteur, en acquérant un immeuble, a agi dans l'intérêt d'autrui plutôt qu'en vue du sien propre. Comment pourraient-ils, à cet égard, se former la moindre conviction? Sur quels éléments la baseraient-ils?

On comprendrait la conclusion de la cour de cassation, s'il s'agissait pour les tiers de réclamer le prix de l'immeuble; alors ils pourraient être admis à démontrer à l'aide des circonstances que l'acquisition a été réellement faite pour l'association, laquelle est tenue des obligations qui ont pris naissance à cette occasion. Mais dès que la question ne se débat plus entre des tiers qui se prétendent créanciers de la société, et la société qui entend se décharger de la dette; lorsqu'au contraire la lutte s'engage entre la société qui

réclame la propriété d'un bien, et des tiers qui veulent le faire attribuer à leur débiteur, la règle invoquée doit être écartée; son application dégénérerait en souveraine injustice. Aussi proclamerons-nous la thèse opposée à celle de la cour de cassation et dirons-nous : la cause des tiers se confond avec l'intérêt général et doit pour ce motif l'emporter sur celle de la société.

**75.** En fait de meubles, les associés sont propriétaires de tous ceux qui ont été apportés en commun lors de la formation de la société, ou qui ont été acquis depuis cette époque pour la société à l'aide des deniers communs, ou même à l'aide de deniers propres à l'un des associés, tant que ces meubles n'ont pas été valablement aliénés. Mais dans tous ces cas, une condition est indispensable: il faut que le mobilier puisse être distingué de la fortune particulière des associés gérants ou non; s'il était confondu avec les biens personnels d'un associé au point de ne plus pouvoir être reconnu, cet associé en serait lui-même propriétaire aux yeux des tiers et il serait tenu d'en rembourser la valeur à la société. Dans le cas inverse, si un associé avait acheté du mobilier pour la société à l'aide de deniers à lui propres, la société serait propriétaire, mais elle devrait dédommager l'acquéreur.

En général, la distinction dont nous parlons sera facile à établir si le mobilier de la société se trouve déposé dans un bâtiment, dans un local qui ne sert d'habitation à aucun des associés. Alors tout ce qu'il contient sera censé, sauf la preuve contraire, appartenir à la société. Dans l'hypothèse inverse, il y aura lieu d'examiner les faits, et les tribunaux seront souverains appréciateurs.

**76.** Parmi les biens corporels dont les associés sont ou deviennent propriétaires, il importe de faire une distinction. Les uns n'ont pas été destinés par le contrat de société à être aliénés; les autres, au contraire, ont reçu cette destination. Dans le premier cas, le consentement de tous les associés est indispensable pour que l'aliénation soit valable et transmette actuellement à l'acquéreur la possession de la chose vendue. Il n'y a pas à distinguer entre les meubles et les immeubles; cependant l'acquéreur de bonne foi d'un objet mobilier en deviendrait propriétaire. Mais en dehors de cette hypothèse,

l'acquéreur ne pourra-t-il, lors de la dissolution de la société, se prévaloir de la vente consentie par un seul des associés? C'est ce que nous examinons plus loin (infrà nos 109 et s.).

Lorsqu'au contraire, il s'agit d'effets qui ont reçu du contrat la destination d'être vendus, tous ceux qui ont mandat de gérer peuvent seuls en disposer valablement; quant aux associés privés de la faculté d'administrer, ils ne peuvent les aliéner ni empêcher les premiers de les vendre; ils ne le pourraient qu'en faisant révoquer le mandat des gérants.

Lorsque nous disons que le gérant peut isolément disposer des biens vénaux, nous nous exprimons inexactement; car, en réalité, tous les associés concourent à l'acte d'aliénation; s'ils n'y figurent pas en personne, ils y interviennent par l'entremise de l'administrateur qui est leur fondé de pouvoir, auquel ils ont donné, par l'acte social, mission de consentir à leur place. Le droit du gérant s'étend donc aux immeubles vénaux non moins qu'au mobilier; aux immeubles acquis pendant la société, aussi bien qu'à ceux apportés lors de sa fondation, lorsque les uns et les autres doivent, en vertu du contrat, être aliénés. Et si la convention sociale a été dressée dans la forme authentique, le gérant qui y est désigné peut seul figurer à l'acte de vente par devant notaire.

Ainsi donc les associés sont réellement propriétaires des objets corporels vénaux apportés lors du contrat ou acquis depuis sa formation pour la société; mais leur droit de propriété ne subsiste que jusqu'à l'aliénation, qui peut être consentie sans eux. Si donc un de ces biens est aliéné dans ces conditions, ils cessent d'en être propriétaires. En revanche, ils acquièrent contre l'acheteur un droit de créance tant que le prix reste dû. Si ce prix est payé et versé dans une caisse particulière, qui n'est celle d'aucun des associés, ils sont propriétaires des deniers; s'il est versé entre les mains d'un des associés, ses coassociés deviennent créanciers de celui-ci pour leur part sociale (infrà n° 81).

**77.** Il importe bien de distinguer quand les associés sont propriétaires et quand ils sont simplement créanciers. Ces deux cas diffèrent essentiellement dans leurs conséquences. Dans le premier, les associés ont sur les choses communes un droit *in rem;* il a pour objet une quote-part dans toute la

valeur du bien sur lequel il est assis, et ils ne doivent pas craindre que les créanciers de leurs coassociés viennent leur en disputer la moindre parcelle. Au contraire, lorsque les différentes évolutions de la gestion les ont faits les créanciers soit d'un tiers, soit de l'administrateur lui-même, ils ne sont pas préférables aux autres créanciers de leur débiteur; si donc il a plus de passif que d'actif au moment où la dette sera devenue exigible, ils obtiendront non leur quote-part dans la somme due, mais le dividende afférent à leur créance.

**78.** Le droit des associés dans les immeubles et dans le mobilier corporel de la société est un droit indivis de propriété; il est assis sur une masse de biens dont tous sont propriétaires à la fois. Or, la raison l'indique, un pareil droit est conditionnel : il suppose que, la société une fois dissoute, un partage déterminera ceux de ces biens dont chacun des associés sera propriétaire exclusif, sans avoir jamais eu de droit sur ceux qui seront attribués à ses cointéressés : tel est, en effet, d'après l'art. 883, rendu applicable aux sociétés par l'art. 1872, c. civ., le résultat final de cette opération, qui ne peut enlever au droit des associés ce qu'il a de général, de vague et d'indéterminé qu'en en restreignant, en en condensant l'objet. Considéré par rapport aux biens communs qui écherront à son associé, le droit d'un associé dans la masse sociale est donc soumis à une condition résolutoire; considéré quant à ceux qui lui seront un jour irrévocablement adjugés, il est sujet à une condition suspensive.

**79.** Les associés n'ont pas seulement un droit dans les immeubles et dans le mobilier corporel; ils sont, en outre, créanciers de tout ce qui est dû à la société. Chaque fois qu'un tiers s'oblige soit envers eux tous figurant personnellement au contrat, soit envers le gérant stipulant au nom de la société, c'est-à-dire en son nom et au nom de ses coassociés absents, le tiers contracte autant d'obligations distinctes et indépendantes l'une de l'autre qu'il y a d'associés, et chacun de ces derniers devient créancier, pour une part virile du débiteur commun, lorsqu'il n'a pas été convenu que son droit serait proportionné à sa part sociale. Telle est, sur ce point, la vérité juridique.

C'est aussi ce qui a lieu quand une personne s'oblige dans

le même acte envers plusieurs individus non associés à leur livrer une chose divisible, une somme d'argent, par exemple, sans expression de solidarité. Il se forme non pas une créance unique, mais autant de créances séparées qu'il y a de stipulants; et chacune de ces créances s'élève au montant de la part virile de ces derniers dans la somme promise. Il n'en est pas autrement en matière de société civile : car celle-ci ne forme pas une personne morale; elle se confond avec les associés.

**80.** Il résulte de ce qui précède que le droit des associés dans les créances sociales n'est pas un droit indivis. La créance d'un associé à charge du débiteur commun est aussi distincte, aussi séparée de celle qu'un autre associé a contre le même débiteur, que le sont les créances que ces associés peuvent avoir individuellement contre des débiteurs différents. Il n'existe de ce chef aucune indivision entre les associés; ils sont chacun créanciers en droit soi. Pour quelle raison un partage serait-il donc nécessaire? Pourquoi interviendrait-il là où tout est partagé, où rien n'est indivis?

Quand une succession vient à s'ouvrir, les créances du défunt se divisent de plein droit entre tous les héritiers, en proportion de leur part héréditaire. Ce principe est formellement reconnu par l'art. 1220 c. civ. Il existe donc également ici, non plus une créance unique, mais autant de créances distinctes qu'il y a d'héritiers. Chacun des ayant-droit étant créancier pour sa part, il peut disposer de cette créance comme bon lui semble, il peut en toucher le montant, en faire remise gratuite; et alors elle est définitivement éteinte. Cependant on considère que cela n'est exact que jusqu'au moment du partage. On tire cette conclusion de l'art. 832 c. civ., d'après lequel il faut tâcher, quand on forme les lots, de faire entrer dans chacun d'eux la même quantité d'immeubles, de mobilier et de *créances*. Il résulterait de là que, lorsqu'au moment du partage aucun des héritiers n'a disposé de sa part dans la créance héréditaire, le législateur la reconstitue dans son unité primitive, telle qu'elle existait dans le chef du défunt. De la sorte l'héritier dans le lot duquel la créance a été placée, est censé en avoir toujours été titulaire pour le tout, et ses cohéritiers sont censés n'y avoir jamais eu de part (883 c. civ.).

L'article 1872 c. civ. étend au partage des sociétés les règles établies par le code en matière de partage des successions. Faut-il en conclure que ce que nous venons de dire est applicable aux sociétés ? Nous avons peine à le croire : car il existe une différence énorme entre une créance dite sociale et une créance héréditaire. La créance héréditaire avant l'ouverture de la succession ne formait qu'un tout unique et indivisible (art. 1220 c. civ.). Au contraire, jamais la créance sociale n'a existé comme telle; ces mots *créance sociale* sont vides de sens et ne correspondent à aucune réalité juridique; si nous avons recours à cette expression, c'est pour éviter une périphrase. En fait, il existe plusieurs personnes ayant chacune une créance contre le même individu pour un objet essentiellement différent. Assimiler sous ce rapport les partages de sociétés et les partages de successions, c'est décider qu'un associé payera ce qui est dû par un autre; c'est donner lieu à une vraie novation dans le chef des créanciers. Or, le législateur n'a certainement pas voulu aller jusques-là. Dans le système que nous combattons, il y aurait transport de créances; il faudrait donc, tout au moins, observer l'art. 1690 c. civ.

Il nous semble donc que l'assimilation légale entre le partage d'une succession et celui d'une société civile ne peut être admise qu'à l'égard des biens réellement indivis entre les associés, c'est-à-dire les biens corporels meubles ou immeubles; mais elle ne concerne aucunement les créances dites sociales, c'est-à-dire une chose qui n'a jamais été commune entre les associés et qui ne saurait faire l'objet d'un partage.

**81.** Pour continuer le tableau de ce qui constitue le droit des associés dans l'actif social, disons que ceux-ci ont le plus souvent une créance à charge de l'associé gérant; cette créance est le produit naturel et inévitable de la gestion elle-même. En effet, indépendamment des indemnités que l'administrateur peut devoir pour abus dans son administration, il lui arrivera fréquemment de confondre avec sa fortune propre une valeur qui appartenait à la société. Ainsi, par exemple, il mêlera à ses propres deniers le prix de meubles ou d'immeubles communs dont l'acquéreur s'est acquitté entre ses mains, ou bien même il confondra avec sa fortune privée le mobilier social, de façon que l'on ne puisse plus distinguer celui-ci de

celle-là. Dans ces divers cas, il doit être considéré, aux yeux des tiers, comme propriétaire de ces deniers ou de ce mobilier, et il est débiteur envers ses associés de la somme perçue, dans la première hypothèse, de la valeur des effets communs, dans la seconde.

Cette créance de la société à charge de l'administrateur peut être plus ou moins étendue, selon qu'on la considère à différentes époques de l'existence de la société. Ainsi, la dette du gérant diminuera, s'il verse une partie des sommes dues par lui dans la caisse propre de la société ; ou si, en exécution de son mandat, il la consacre à l'achat de meubles qu'il dépose dans les locaux de la communauté. Par ce fait, la créance de la société s'amoindrit et son droit de propriété s'étend.

L'état de confusion que nous venons de signaler entre certains biens de la société et la fortune propre du gérant, peut ne pas être accidentel ni dû à un abus de sa part dans l'accomplissement de son mandat. Il se peut, en effet, que cette confusion soit générale et résulte directement d'une convention conclue entre les parties. Par exemple, il n'existe pas de local spécialement et exclusivement affecté à l'exploitation de l'industrie sociale ; cette industrie est exercée dans l'habitation de l'un des associés. Il y a alors confusion nécessaire et générale de tout ce qui est à la société avec les biens de l'associé gérant. L'actif social tout entier se réduit dans cette hypothèse à une créance contre ce dernier.

**82.** Une différence considérable distingue la créance des associés à charge du gérant et celles qu'ils ont contre les débiteurs de la société. Celles-ci sont exigibles de leur part (infrà n° 87). La première, au contraire, ne l'est pas pour le moment. Elle ne le deviendra que lorsque le mandat du gérant aura pris fin, c'est-à-dire lors de la dissolution de la société ou par suite de la révocation de l'administrateur pour abus de gestion. Il se peut, en effet, que ce dernier compromette par son fait les intérêts qui lui sont confiés ; il peut même arriver que le fait qui a donné lieu à la créance qu'on a contre lui, constitue précisément un juste motif de révocation. Ainsi, il a vendu du mobilier qui n'était pas à vendre et en a perçu le prix. Mais tant que ses associés n'ont aucune raison de se plaindre de lui,

tant que la société subsiste, ils ne peuvent pas lui demander de se libérer envers eux des sommes dont il est dépositaire, à moins que leur prétention ne tende à obtenir leur part des bénéfices réalisés et constatés. En dehors de cette hypothèse ils sont sans droit contre lui. En effet, il détient ces sommes, il gère le fonds commun, il procède aux ventes des choses vénales, il perçoit le prix de ces ventes, il fait tout autre acte d'administration en vertu d'un mandat qu'il exerce aussi bien dans son intérêt que dans l'intérêt de ses associés; il a donc le droit de s'opposer à ce qu'on l'en dépouille sans causes légitimes.

Puisque les créances que les associés acquièrent contre le gérant ne sont pas exigibles, il est superflu d'examiner si elles se divisent de plein droit entre tous les associés pendant la société: cette division, exacte en théorie, ne donne lieu à aucune application pratique.

Rendons ce qui précède saillant par un exemple: supposons qu'une personne ait acheté du gérant des produits de la société. Tant que le prix n'est pas payé, elle en est débitrice envers chaque associé pour la part sociale ou virile de celui-ci, et il peut recevoir amiablement cette part ou la lui réclamer en justice.

Si l'acquéreur acquitte ce prix entre les mains du gérant, il est libéré à l'égard de tous les associés ; mais alors le droit propre et divisé que les associés avaient contre le tiers avant sa libération, ils ne peuvent plus l'exercer contre l'administrateur. Ici apparaît dans toute sa force le principe en vertu duquel les contrats sont la loi des parties, mais n'obligent pas les tiers. Les associés, en effet, en confiant la gestion à l'un d'eux, se sont interdit de troubler en quoi que ce soit l'accomplissement de cette mission. Or, s'ils pouvaient réclamer de lui une partie du capital qu'il est chargé de faire valoir, toute administration serait impossible. Au contraire, les tiers débiteurs de la société peuvent acquitter entre les mains de chaque associé la part revenant à celui-ci dans la dette ; car au moment où ils ont contracté avec le gérant, il s'est formé, non une créance unique au profit de la société, mais autant de créances distinctes qu'il y a d'associés (infrà n° 87). Or, si les tiers débiteurs peuvent se libérer, comme nous venons de le dire, envers chacun des associés, ceux-ci ont le droit de les poursuivre dans

cette mesure : chacune de ces propositions reproduit la même idée sous une autre forme.

**83.** L'actif social comprend enfin un droit, aux deniers comptants. S'ils sont déposés dans une caisse spéciale reconnaissable de la bourse particulière des associés, ceux-ci en sont propriétaires. Dans le cas contraire, la société n'a qu'une créance contre l'associé qui les détient et nous avons vu que cette créance n'est pas exigible, s'il est administrateur, tant que son mandat subsiste.

Même dans le cas où les associés sont propriétaires des deniers comptants, ils n'ont pas le droit d'en disposer lorsqu'ils sont exclus de la gestion. Certainement ils sont maîtres de ceux qu'ils auront pris dans la caisse commune ; mais c'est le résultat d'un fait, d'une confusion matérielle, plutôt que la consécration d'un droit : ils ne peuvent juridiquement y élever aucune prétention, parce que la disposition en appartient à ceux qui ont mission de gérer et que les conventions constituent la loi des parties.

**84.** Le contrat de société donne encore ouverture en faveur des associés à un droit aux bénéfices.

Quand on examine la nature de ce droit on trouve qu'il est tantôt un droit de propriété, tantôt un droit de créance.

Il est un droit de propriété, lorsque les associés possèdent par eux-mêmes les choses communes; alors, pour obtenir leur part dans les fruits, ils n'ont pas à s'adresser à leur coassociés, ils n'ont qu'à la prendre. Par exemple, plusieurs frères exploitent un bien rural en société; les récoltes non vendues sont déposées dans les greniers communs; le prix des récoltes vendues est versé dans une caisse spéciale. Ces récoltes soit en nature, soit converties en deniers, constituent les bénéfices et appartiennent en propriété aux associés, à chacun pour sa part.

Le droit aux bénéfices est, au contraire, un droit de créance lorsque l'exploitation est confiée à l'un des associés qui possède seul le capital social, de façon que ce capital ne puisse pas être distingué de sa fortune propre. Alors l'actif social tout entier est réduit lui-même à une créance à charge du gérant (suprà n° 81).

**85.** Ainsi, en résumé, ce que l'on est convenu d'appeler actif social, comprend un droit au capital et un droit aux

bénéfices. Le droit au capital se décompose en plusieurs objets distincts : il y a d'abord les biens corporels; ils appartiennent aux associés par indivis, et parmi ces effets, les uns ne peuvent être aliénés sans le consentement formel et spécial de tous les propriétaires, tandis que les autres peuvent être vendus par un seul d'entre les associés, lorsque ses coassociés lui ont transmis pleins pouvoirs à cet effet. Il y a ensuite les créances sociales, dans lesquelles chacun a un droit pour sa part, droit qu'il peut réclamer en justice, lorsqu'elles n'ont pas été acquittées entre les mains du gérant. L'actif social comprend encore une créance à charge du gérant; son importance varie d'un instant à un autre et elle n'est pas exigible tant que l'administrateur demeure investi de la gestion. Enfin chaque associé a un droit dans les deniers comptants; mais aucun d'eux ne peut en disposer, si ce n'est l'administrateur.

### IV. Influence exercée par le contrat de société sur les rapports des associés avec les tiers. — La société demanderesse. — La société défenderesse.

86. Le contrat de société suppose chez les associés un but commun vers lequel tous leurs efforts doivent converger. Ils ne peuvent rien faire qui vienne contrarier la réalisation de cet objet, sans se rendre passibles de dommages intérêts. Ainsi quand la convention a institué un associé gérant, les autres associés ne peuvent disposer des effets communs; ils ne peuvent toucher le montant des créances sociales, ni en totalité, ni partiellement; ils ne peuvent les éteindre par compensation; ils ne peuvent poursuivre les débiteurs sociaux en justice. Tous ces actes obligeraient celui de qui ils émanent à réparer le préjudice qui en serait résulté pour la société. Mais les tiers, ceux qui ne sont pas parties au contrat de société, ne sauraient être tenus d'en favoriser l'exécution. La raison le dit assez : la société est pour eux *res inter alios acta*. Certains actes passés entre un associé et un étranger peuvent donc être parfaitement valables, bien qu'ils engagent la responsabilité du

premier. Tel est le principe; il s'agit de le développer et d'en déterminer les applications.

87. Quand un tiers s'oblige envers la société, il ne se forme pas une créance unique, celle de la société; il naît autant de créances distinctes qu'il y a d'associés : car la société ne constitue pas une personne morale. Ainsi, par exemple, quand j'achète un objet appartenant à une société composée de trois membres, moyennant 300 francs, je ne m'engage pas à payer 300 francs à la société, mais 100 francs à chacun des associés. Tout doit donc se passer entre le débiteur et chacun de ses créanciers comme s'il n'existait pas de société. En conséquence un associé peut recevoir sa part dans la créance commune, soit directement sous forme de payement, soit indirectement sous forme de compensation. Le débiteur est alors libéré dans la mesure de cette part à l'égard de tous les associés; le gérant ne pourrait la lui réclamer une seconde fois. Il est bien vrai que les associés se sont obligés à ne pas toucher ce qui leur revient dans les créances sociales; ils ont abandonné au gérant le droit de les percevoir en totalité; mais cette convention ne lie pas les tiers débiteurs qui n'y ont pas souscrit; elle n'a d'effet qu'entre les parties.

D'après le droit commun, une personne qui contracte envers plusieurs une obligation dont l'objet est divisible, ne doit à chacun des stipulants qu'une part dans cet objet. Ce principe n'admet d'exception que lorsque le titre donne expressément à chacun des créanciers le droit de demander le payement de la totalité de la créance (art. 1197 c. civ.). Or on ne saurait assimiler à une telle convention la clause qui réserve la gestion à l'un des associés. En supposant même que le tiers se fût obligé solidairement dans les termes de l'art. 1197 c. civ., le droit de lui demander le payement intégral n'appartiendrait pas seulement au gérant, il pourrait être exercé par chacun des associés. En définitive, le débiteur commun, dans notre hypothèse, ne pourrait être tenu vis-à-vis de l'administrateur de lui payer une seconde fois la part d'un associé, que s'il avait pris l'engagement formel de ne s'acquitter envers aucun autre.

88. Le gérant, qui ne peut arguer de nullité le payement fait à l'un des associés dans les limites de la part revenant à

ce dernier, peut cependant recevoir la totalité du montant de la créance. Le débiteur est alors libéré à l'égard de tous les associés. Le motif en est que le gérant a agi comme mandataire de ceux-ci; l'acte en question rentre en effet dans la sphère des actes d'administration.

**89.** Mais si la totalité de la dette avait été payée à un associé exclu de la gestion, les autres associés conserveraient le droit d'exiger leurs parts. Car le premier n'avait pas mandat de les obliger, d'agir en leur nom. En vain le créancier invoquerait-il l'art. 1859 1° et son ignorance de la clause de l'acte social qui déroge à cette disposition : car la loi ne présume l'existence d'un mandat réciproque que jusqu'à preuve du contraire. Or cette preuve existe ici et c'est en définitive au tiers qui traite avec une personne, à rechercher si elle avait qualité pour obliger autrui. Ceux qui n'ont pas traité avec lui ne doivent pas souffrir de l'erreur dans laquelle il a versé, quelque excusable, quelque invincible même que fût cette erreur. En résumé, le contrat de société, dans notre hypothèse, loin de contenir une dérogation au droit commun, en fait au contraire une application, et les tiers ne peuvent pas se plaindre si l'on s'en prévaut contre eux.

**90.** Quand un tiers s'oblige envers la société, il se forme autant d'obligations distinctes qu'il y a d'associés; aucun des associés ne peut donc, en son nom, poursuivre le débiteur en justice, si ce n'est pour sa part dans la créance sociale [1]. Un associé n'est pas plus en droit de me demander ce que je dois à ses coassociés, qu'il ne serait fondé à me poursuivre du chef d'une obligation que je puis avoir contractée envers toute autre personne étrangère à la société : car nul ne plaide par procureur. Il importe peu que le demandeur ait reçu des autres parties mandat d'administrer les affaires communes : car cette convention n'est pas capable de modifier la nature du titre en vertu duquel je dois; elle ne peut lui faire subir une aggravation sans mon consentement, en transformant les diverses obligations que j'ai contractées en une seule obligation solidaire (art. 1197 c. civ.).

**91.** Rodière ne partage pas cette opinion : " Toutefois, dit-il, quand la société civile a un gérant, la seule indication

[1] Conf. Boncenne, t. 1, n° 36.

du nom du gérant nous semble suffisante, parce qu'à la différence du simple mandataire le gérant agit dans son propre intérêt et se rapproche du cessionnaire; tout ce qu'on peut raisonnablement exiger de lui, c'est qu'il justifie de sa qualité, si elle est mise en doute "[2]. Mais pour que la conclusion de cet auteur fût exacte, il ne suffirait pas que le gérant se rapprochât du cessionnaire; il faudrait qu'il eût réellement la qualité de cessionnaire. Il faudrait que ses coassociés lui eussent cédé leurs droits contre le débiteur commun et que l'acte de transport eût été notifié à ce dernier. Alors seulement la poursuite formée par le gérant seul pourrait amener une condamnation pour le tout.

**92.** D'après le cour de Paris (6 mars 1849. D. P. 49. 2. 180), la société civile peut, comme être moral, confier à l'un des associés la direction et l'administration de ses droits ou de ses intérêts. La cour reconnaît de plus comme valable la clause stipulant que les actions intéressant la société seront intentées au nom d'un conseil d'administration, et elle ne voit pas dans cette convention de dérogation à la règle que nul ne plaide par procureur. En effet, si l'article 69 c. pr. ne parle que des sociétés de commerce, rien ne défend d'introduire une disposition analogue en faveur des sociétés civiles, car elle a pour but de simplifier la procédure; elle constitue donc une chose éminemment utile et est destinée à protéger, non-seulement l'intérêt des sociétaires, mais encore les relations des tiers avec la société. Enfin si l'arrangement en question ne pouvait être opposé aux tiers, il serait du moins parfaitement valable entre les associés dont il constitue la loi.

La doctrine adoptée par cet arrêt est exacte en ce qui concerne les rapports des associés entre eux. L'associé qui n'a pas versé sa mise est de ce chef débiteur solidaire de ses coassociés (suprà n[os] 62 et 63); il peut donc être poursuivi en justice pour le tout soit par le gérant en titre, soit par chacun des associés quand aucun d'eux n'est spécialement investi de l'administration. Mais les associés ne peuvent par leurs conventions intérieures modifier le droit commun au préjudice des tiers. La clause dont s'occupe la cour de Rouen reste donc sans effet à l'égard de ces derniers.

**93.** Si la poursuite est formée au nom du gérant seul, le tribunal ne pourra condamner le défendeur que jusqu'à concurrence de la somme représentant la part du premier dans la dette: car le demandeur n'est créancier que de cette somme. Mais il ne faut pas aller jusqu'à dire que, faute de contenir les noms de tous les associés, l'assignation est nulle. C'est cependant l'opinion de Boncenne: " Il faut, dit-il (t. 1, n° 36), que le défendeur les connaisse pour leur faire l'application des condamnations, des dépens, des dommages intérêts qu'il peut obtenir ". Nous ne comprenons pas, même dans l'hypothèse que Boncenne prévoit, en quoi l'annulation de l'exploit peut être utile au défendeur. Car si la poursuite formée par quelques associés seulement n'est pas fondée, et si ceux-ci, en l'attaquant, lui ont causé du dommage, eux seuls seront condamnés parce qu'eux seuls méritent de l'être: la témérité dont ils ont fait preuve en l'assignant inconsidérément, n'est, en effet, imputable à aucun autre. Or, dans ces conditions, où est la difficulté, où est l'obstacle que l'exécution du jugement est appelée à rencontrer? Nous ne l'apercevons guère.

**94.** La cour de cassation de France admet avec nous qu'un débiteur de la société, poursuivi par quelques associés en payement d'une somme d'argent revenant à la société, ne peut être condamné que jusqu'à concurrence de la part des demandeurs. Mais, chose singulière, la cour voit dans la société civile une personne morale aussi bien que dans la société commerciale. Si elle ne rend pas la même procédure commune aux deux espèces d'associations, c'est par la raison que, dans les sociétés civiles, les associés ne sont pas tenus solidairement des dettes sociales, et que l'art. 69 c. pr. n'affranchit que les sociétés commerciales de la règle de l'art. 61 prescrivant d'insérer dans l'exploit d'ajournement les noms des demandeurs (Dalloz, v° *Exploit*, n° 99). Mais cette explication n'est guère satisfaisante. Il n'y a, en effet, rien de commun entre l'obligation solidaire des membres d'une société en nom collectif et la faculté appartenant au gérant d'agir contre les tiers sans indiquer les noms des associés. S'il a ce droit, c'est parce que la société collective forme une personne morale. D'un autre côté, la loi a laissé subsister la règle de l'art. 61 en ce qui concerne la société civile, par le motif que celle-ci ne constitue

pas un être juridique distinct des personnes physiques qui la composent [2].

**95.** Un associé, eût-il même la qualité de gérant, ne peut donc judiciairement demander que sa part dans les créances sociales. S'il en réclame la totalité, il réclame une chose qui est due non à lui mais à ses associés, et on peut lui opposer avec avantage la maxime nul ne plaide par procureur. Celui qui invoque cet adage, ne fait donc pas valoir une nullité de procédure mais bien une défense au fond. Il allègue que le demandeur n'a pas droit à toute la somme réclamée.

Il doit donc être permis au défendeur d'invoquer cet argument en tout état de cause et non pas seulement *in limine litis*. Aussi ne pouvons-nous approuver la doctrine que la cour de cassation professe dans son arrêt du 27 décembre 1848 (D. P. 48. 1.90). Le sieur Delplace et les autres membres de la société civile du Cotentin avaient actionné les héritiers Auvray en payement des arrérages d'une rente de trois cents boisseaux de froment constituée en faveur de la compagnie. Les défendeurs commencèrent par opposer à la poursuite des moyens tirés du fond de la demande. Puis ils prétendirent que l'exploit était nul comme ayant été signifié au nom d'une société civile dénuée d'existence comme être moral, et comme ne contenant pas la désignation de chacun des membres de la compagnie. La cour ne vit dans cette dernière nullité qu'une nullité de forme pouvant, aux termes de l'article 173 du code de procédure, être couverte par l'usage de moyens de défense de fond.

**96.** Les associés qui figurent dans les instances concernant la société, ne représentent que leur intérêt propre et individuel. Conséquemment, le jugement doit être considéré comme contenant autant de décisions distinctes qu'il existe

[2] Cass. fr. 26 mai 1841. Dalloz, v° *Action*, n° 282.

Conf. Cass. fr. 6 mai 1850. D. P. 1850. 1. 290. Cet arrêt semble dire que la société dont il s'occupe pourrait ester en justice sous le nom de son représentant, si les intéressés avaient reçu de l'autorité publique la permission de se constituer en syndicat.

Conf. Cass. 21 juillet 1854. D. P. 55. 1. 41. Dans l'espèce de cet arrêt, il s'agissait d'une poursuite en diffamation intentée par le gérant d'une société civile au nom de celle-ci, à raison de publications par la voie de la presse.

de demandeurs. Il peut donc acquérir force de chose jugée à l'égard de quelques-unes des parties en cause et devenir définitif en ce qui concerne les autres. Supposons, en effet, que le tribunal ait débouté les associés de leurs prétentions; l'un d'eux attaque cette sentence par la voie de l'appel; cet appel ne profitera qu'à lui et non aux autres. La cour, si elle juge devoir réformer la décision des premiers juges, ne pourra donc le faire que relativement à la part du demandeur.

La cour de Grenoble reconnaît ce principe; elle ne voit même dans la circonstance que l'appelant a été revêtu de la qualité de gérant, aucune raison de modifier son opinion. Et cependant, par la plus étrange des inconséquences, elle aboutit à une conclusion toute contraire à ses prémisses. Voici comment elle s'exprime: " Sur la nullité proposée contre l'appel; — attendu que la société la Fraternelle n'a jamais été autorisée par le gouvernement, qu'elle n'a pas d'existence légale, ne forme pas un corps moral, et n'est qu'une agrégation d'individus réunis dans un intérêt et un but communs; que les chefs qu'elle se donne n'ayant dès lors aucun caractère public pour la représenter, ils agissent plutôt comme coïntéressés qu'en vertu de leur qualité; de sorte que Constantin Ravix a pu comme simple sociétaire relever appel du jugement déféré à la cour; qu'au surplus l'intervention du sieur Faure président en fonctions et sa déclaration d'accepter pour lui et au besoin pour tous les membres de la société la procédure faite jusqu'à ce jour, en couvriraient l'irrégularité et rendent l'appel commun et profitable à tous; etc. " (Grenoble 25 nov. 1852. D. P. 1854, 2. 168).

On est tenté de croire que l'arrêtiste a inexactement reproduit la pensée de la cour, tant la contradiction exprimée par les deux moitiés de cette décision paraît choquante et bizarre.

97. La cour de cassation de France affranchit certaines associations civiles de la règle par suite de laquelle tous les associés doivent figurer en nom dans les qualités des instances qui concernent l'intérêt commun. Ce sont les sociétés constituées administrativement dans un but d'utilité publique.

Telles sont les sociétés d'arrosage; cette jurisprudence

résulte d'un arrêt rendu le 21 mai 1851 (D. P. 51. 1. 125). Dans l'espèce, plusieurs propriétaires de la commune de Guillestre avaient adopté un règlement pour l'usage des trois principaux canaux qui traversaient la commune; et ce règlement donnant pouvoir à des syndics d'intenter et de soutenir tous procès relatifs aux canaux dont l'administration leur était confiée, fut approuvé par le préfet.

Un jour les syndics de l'association prétendirent qu'un tiers troublait celle-ci dans la jouissance des eaux d'arrosage et assignèrent l'auteur du trouble devant le juge de paix, qui les accueillit dans leur demande. Sur appel, un jugement du tribunal d'Embrun réforma la décision du premier juge en se basant sur ce que les propriétaires intéressés, formant une société civile, ne pouvaient plaider par mandataire mais devaient agir en leur nom propre.

Les demandeurs originaires se pourvurent contre ce jugement. Ils dirent: " Les syndics d'arrosage, comme les syndics pour le curage des ruisseaux et en général les commissions instituées en vertu de la loi du 14 floréal an 11 pour veiller au régime et à la distribution des eaux, ne sont pas de simples représentants d'associations privées; agréés par l'administration, ils sont, en vertu de cette investiture, de véritables agents chargés du soin de faire exécuter un règlement d'utilité publique. Ils ont donc le droit d'agir en leur nom, dans l'intérêt de la communauté qu'ils administrent, aussi bien qu'un maire pour la commune, une commission administrative des hospices pour les hospices. "

On a répondu qu'en admettant qu'une société d'arrosants administrativement constitués puisse ester en justice par le ministère de ses syndics, il faudrait que l'association et la commission syndicale qui la représente, fussent organisées par un règlement d'administration publique. En effet, dit-on, " si l'on veut trouver l'origine et la raison d'être des associations d'arrosage dans la loi du 14 floréal an 11, qui cependant n'en parle d'aucune manière, on doit aussi reconnaître la nécessité d'un règlement public pour les constituer, d'après les termes formels de l'art. 2 de cette loi. En l'absence de ce règlement, l'association n'a donc pas d'existence légale, et c'est avec raison qu'une action formée par les syndics de cette asso-

ciation agissant en leur qualité de syndics, a été déclarée non recevable. "

Ce dernier système ne triompha cependant pas devant la cour de cassation. Elle se déclara incompétente à l'effet d'examiner la validité de l'arrêté préfectoral autorisant l'association en question et dès lors elle reconnut à celle-ci la capacité qu'on lui contestait. [3]

Cependant quand on va au fond des choses et que l'on ne s'arrête pas à la question de forme soulevée par la cour de cassation, il semble impossible d'approuver la doctrine de cette cour. Se peut-il, en effet, que l'autorisation du préfet, qui n'est pas requise dans l'espèce pour la validité de l'association d'arrosage, communique à celle-ci un caractère qu'elle n'a pas par elle-même? Peut-elle avoir pour effet de la transformer en institution d'utilité publique, en personne morale? Nous ne le pensons pas. L'approbation de l'autorité, quand elle n'est pas exigée par une loi, quand son effet n'est pas déterminé par le législateur, est absolument comme si elle n'existait pas. Elle ne peut donner aux stipulations des parties une force qu'elles ne puisent pas dans leur propre sein. Elle ne peut surtout avoir pour conséquence d'affranchir les associés d'une règle générale de procédure et de rendre inapplicable en ce qui les concerne la maxime: Nul ne plaide par procureur. C'est au législateur seul à examiner s'il y a lieu de modifier le droit commun à l'égard de certaines associations; et là où il a gardé le silence, les agents du pouvoir exécutif n'ont aucune autorité pour élever la voix. Nonobstant l'autorisation préfectorale, l'association en question reste donc ce qu'elle était antérieurement, c'est-à-dire une union formée entre divers propriétaires s'associant en vue d'un intérêt essentiellement privé.

On prétend il est vrai faire découler de la loi du 16 floréal an 11 l'obligation pour les sociétés d'arrosage de se soumettre à l'autorisation du gouvernement. Mais c'est se tromper étrangement que de regarder cette loi comme étant ici de quelque secours; elle a pour but de déterminer comment se fera le curage des ruisseaux et rivières non navigables, ainsi

[3] Conf. Cass. 20 fév. 1844. Dalloz, v° *Action*, n° 278.

que l'entretien des digues; mais elle n'organise dans ce but aucune association, elle n'investit aucun syndicat du soin d'ester en justice soit en demandant soit en défendant. Il n'y a donc pas même à en déduire un argument d'analogie. [4]

**98.** La cour de cassation de France affranchit en second lieu de la règle qui veut que tous les associés figurent en nom dans les qualités de l'instance, les sociétés dont les opérations sont civiles, lorsqu'elles se sont constituées dans la forme anonyme et ont obtenu l'autorisation du gouvernement [5], telles que les sociétés d'assurances contre l'in-

[4] Une espèce analogue est celle dont la cour de cassation s'occupe dans son arrêt du 30 août 1859 (D. P. 59. 1. 365). On y lit: " Sur la fin de non recevoir opposée au pourvoi; — Attendu que la société de la Romanche a été créée en vertu de lettres patentes du roi du 27 août 1789; que de plus, par décret en date du 20 floréal an 13, cette même société a été autorisée à ouvrir un canal d'irrigation sur la rive droite de la Romanche destiné à fertiliser le territoire de la plaine de Grenoble et de toutes les communes environnantes; — qu'il n'est pas contesté que la société du Drac n'ait été de même constituée avec le concours et l'autorisation de l'autorité publique, dans un intérêt d'arrosage et de fertilisation du territoire voisin; — Attendu que les grandes sociétés instituées avec le concours et l'approbation de l'autorité publique dans un intérêt collectif et territorial qui touche à l'intérêt public, et qui du reste embrassent dans leur objet les intérêts réunis de localités plus ou moins étendues, ne sauraient être assimilées à des sociétés purement civiles; — qu'elles tiennent de l'adhésion de l'autorité publique à leur institution une individualité véritable, et que ce concours de l'autorité consacre leur existence dans les termes et suivant les règles des statuts qui les régissent et qui ont reçu leur sanction; — qu'elles peuvent dès lors agir judiciairement et que l'on peut agir contre elles en la personne des administrateurs syndics ou agents qui ont le pouvoir de les représenter suivant ces statuts. "

Aux observations que nous avons déjà présentées au sujet de la doctrine de la cour, nous ajouterons seulement que l'adhésion de l'autorité publique, dont il est question dans cet arrêt, ne constitue certainement pas une délégation de la puissance publique et que dès lors elle ne peut avoir l'effet ni l'importance qu'on lui attribue.

La cour de Caen par arrêt du 21 février 1843 a consacré la doctrine de la cour de cassation: " Considérant, dit-elle, que d'une part l'arrêté des commissaires du roi du 2 janvier 1715 avait réglementé l'association formée entre les usagers de la forêt de Briquebed et les avait constitués dans l'obligation de se nommer un syndic: que dès lors il existe dans l'espèce une société légale reconnue, et qu'il n'était pas besoin d'énoncer dans l'exploit les noms et qualités de tous et chacun des usagers, etc. " DALLOZ, v° *Action*, n° 279.

[5] Req. 5 nov. 1855. D. P. 56. 1. 354.

cendie. Mais ceci nous amène à examiner la question plus générale de savoir si une société civile peut se constituer dans la forme anonyme et quel effet produit sur elle l'adoption de cette forme. Nous réservons cette étude pour plus tard (infrà nos 279 et s.).

**99.** Ainsi donc, en principe, un associé n'a pas qualité pour poursuivre en son nom seul l'exécution d'une obligation souscrite par un tiers au profit de la société. Il faut toutefois excepter le cas où il s'agit d'une obligation indivisible. Alors, en effet, il est impossible à un associé d'en demander l'exécution pour sa part seulement; et dans ce cas il figure dans l'instance, non pas à la fois en son nom et au nom de ses coassociés absents, mais exclusivement dans son propre intérêt. Tel est le cas où un associé revendique un corps certain appartenant à la société et détenu par un tiers. Si la demande est fondée, le juge est obligé d'ordonner la restitution intégrale de cet effet. Le demandeur le réclame tout entier en son nom: car tant qu'il n'a pas fait l'objet d'un partage entre les associés, chacun en est propriétaire pour le tout, quoique propriétaire conditionnel. Du reste le défendeur ne pourrait le retenir pour aucune partie; il ne pourrait demander qu'il fût partagé entre le demandeur et lui, même au cas où il le tiendrait d'un associé, car celui-ci n'a pu lui transmettre plus de droit qu'il n'en a lui-même; or il n'en était propriétaire que sous condition (suprà n° 78).

Pour les mêmes raisons, un associé peut intenter seul et en son nom une action possessoire intéressant un immeuble commun.

**100.** Nous venons d'examiner la procédure à suivre quand la société est demanderesse. Lorsqu'elle est défenderesse, il faut également que les noms de tous les associés figurent dans l'exploit d'ajournement, si le demandeur veut obtenir condamnation contre eux tous. En effet, chaque associé n'est tenu des dettes communes que pour sa part et portion. Un jugement rendu par le tribunal de Bruxelles le 15 mars 1854 et confirmé par la cour d'appel de Bruxelles le 16 avril 1856 (P. 1856, p. 263), consacre de tous points notre doctrine.

**101.** Lorsque le créancier ignore les noms d'une partie des

associés, il ne peut demander à ceux qu'il connaît que leur part virile ou leur part sociale dans la dette. C'est ce qu'a décidé un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 10 avril 1862 (P. 1863. 107). Dans l'espèce, il s'agissait d'une société charbonnière constituée par actions, que la cour avait fort judicieusement considérée comme une société civile, bien qu'elle présentât le caractère d'une réunion de capitaux. En conséquence, les actionnaires devaient répondre des engagements de la société, bien que les statuts déclarassent qu'ils ne seraient tenus qu'au payement intégral du montant de leurs actions (infrà n° 276) ; mais ils ne devaient en répondre que pour leur part. Si au moment de la poursuite ils avaient cédé leurs actions, ils étaient déchargés pour le tout des dettes de la société. Le créancier n'avait donc plus de droit contre eux, bien qu'il se trouvât dans l'impossibilité de découvrir les titulaires actuels des actions cédées.

Les sociétés constituées dans le but d'exploiter les mines ne sont pas régies, quant à la procédure, par les règles ordinaires applicables aux sociétés civiles en général. Elles peuvent ester en justice de la même façon que les sociétés commerciales. Car en vertu de la loi du 21 avril 1810, elles constituent des personnes morales (infrà nos 260 et s., 264). Les noms des associés soit en demandant soit en défendant ne doivent donc pas figurer dans l'exploit d'ajournement.

### V. Du droit qu'ont les associés de disposer du fonds social

**102.** Les associés sont propriétaires indivis du fonds social. Mais quel exercice peuvent-ils faire de leur droit de propriété? C'est ce que nous allons examiner.

Il faut commencer par établir une distinction entre le capital et les bénéfices. Le capital de la société embrasse tout ce qu'on peut désigner par ces mots: instruments de production; et, pour savoir si tel objet rentre sous cette dénomination, il faut avoir égard au but de la société. Ainsi, dans une exploitation agricole, le capital comprend les bâtiments, les instru-

ments aratoires, les semences, les bestiaux, le fonds de roulement etc.

Il faut entendre par bénéfices la valeur dont le fonds général de l'association se trouve augmenté à un instant donné, ce qui reste de ce fonds quand on en a défalqué la valeur du capital primitif.

**103**. A défaut de toute stipulation contraire, les bénéfices un fois constatés, sont destinés à être répartis entre les associés[1]. Lors donc que l'époque fixée par la convention sociale sera arrivée et que l'on aura déterminé la somme à laquelle s'élèvent à ce moment les bénéfices effectués, chaque associé pourra directement prélever dans la caisse sociale sa part dans cette somme: car il y a un droit de propriété incontestable. Si cette caisse sociale distincte n'existe pas, parce que, l'un des associés dirigeant les affaires de la société, les deniers communs se trouvent confondus avec sa fortune privée, les associés auront contre lui une simple créance; et comme créanciers, ils auront à souffrir le concours des autres créanciers du gérant, en cas d'insuffisance des biens de celui-ci. L'action dont nous parlons peut être dirigée contre le gérant personnellement; il n'est pas nécessaire qu'on lui ait donné dans l'assignation la qualité de représentant de la société: car il est mandataire des associés; il leur doit compte de sa gestion; il est personnellement responsable de l'exécution complète de son mandat.

Si, au lieu de se partager périodiquement les sommes représentant les bénéfices, les associés les consacrent à l'achat de biens qui ne peuvent être considérés comme une extension du capital social, on ne peut les regarder comme dépendants de la société, quand même l'acquisition aurait été faite au nom de celle-ci. Tel serait le cas si la société s'occupait de pêche maritime et si l'on avait employé les bénéfices à acquérir des terres labourables. Celles-ci ne sauraient être regardées comme une partie intégrante du capital social. Elles formeraient l'objet d'une indivision ordinaire, régie par l'art. 815. Les associés auraient donc le droit de demander le partage de cette communauté particulière avant l'expiration du temps convenu pour la durée de la société, à moins qu'ils ne se fussent privés de

[1] Argument des articles 1853 et suiv. c. civ.; c'est aussi l'opinion de Troplong, nos 622, 846.

cette faculté pour un temps qui ne peut dépasser cinq ans.

Les associés ont donc droit aux bénéfices. S'il s'agit de bénéfices réalisés, ce droit est quelquefois un droit de propriété, mais le plus souvent ils constituera un droit de créance à charge du gérant. Si on le considère par rapport aux bénéfices futurs, c'est-à-dire par rapport à des bénéfices non encore réalisés, la créance est conditionnelle; si on l'envisage à l'égard de bénéfices déjà effectués, mais à un moment où le contrat ne permet pas encore de les réclamer, la créance est à terme.

Les associés peuvent cependant convenir qu'ils n'useront pas de la faculté qui leur permet de prélever leur part dans les bénéfices. Cette convention est certainement fort licite, dès le moment qu'elle n'est pas inspirée par le désir de préjudicier aux créanciers d'un associé. Les bénéfices restent alors attachés au fonds social; ils sont, dans ce cas, assimilés au capital, ou plutôt ils en constituent un accroissement; aucun associé ne pourrait donc transporter à autrui une part quelconque dans ces bénéfices autrement qu'il ne pourrait lui céder une part dans le capital (infrà n^os^ 109 et s.).

**104.** En l'absence de la convention que nous venons de supposer, les associés ont un droit absolu de disposer de leur part dans les bénéfices réalisés, le droit à cette part faisant partie de leur patrimoine disponible. Supposons donc qu'un associé ait cédé à un tiers son droit aux bénéfices pour un terme plus ou moins long, pour plusieurs années.

Si les bénéfices se produisent de façon que l'associé cédant en soit propriétaire dès leur réalisation, c'est-à-dire puisse recueillir la part qu'il y a sans aucun intermédiaire, alors en cédant cette part pour plusieurs années, il contracte une obligation : celle de transmettre, soit en nature, soit en valeur, la portion des bénéfices réalisés périodiquement à laquelle il a droit d'après les clauses du contrat de société. Cette obligation est conditionnelle : elle prend naissance aux différentes époques déterminées par la convention, si alors il existe des bénéfices. Il faut assimiler cette hypothèse au cas dans lequel quelqu'un s'oblige à transférer à un tiers les produits qu'on récoltera sur son fonds, soit partiellement, soit en totalité, pendant plusieurs années.

Malgré l'acte de cession, l'associé cédant n'en conserve pas

moins vis-à-vis des tiers la faculté de disposer de ces bénéfices d'une autre façon : ainsi il peut convenir que la base de la répartition, déterminée par l'acte de société, sera modifiée. On peut arrêter, par exemple, qu'au lieu de partager tous les bénéfices annuellement, on en retiendra une partie que l'on consacrera ou bien à augmenter le capital ou bien à faire des travaux urgents. Cette convention est obligatoire pour les parties et le cessionnaire n'a rien à y redire, d'autant moins que l'associé cédant reste toujours tenu de lui payer la valeur de sa part dans les bénéfices réellement effectués. Il s'y est, en effet, obligé. Le concessionnaire ne pourrait donc attaquer la convention en question, à moins qu'elle n'eût été contractée en fraude de ses droits; car alors elle devrait être annulée et il exercerait les droits de son cédant dans la société jusqu'à concurrence de ce qui lui est dû.

**105.** Mais il peut arriver (suprà n° 81) que le droit des associés quant aux bénéfices se réduise à une créance contre l'associé gérant, créance éventuelle, dont l'objet se réalise aux époques déterminées, si à ces époques il existe des bénéfices. La cession équivaut alors à l'aliénation de cette créance et il faut la considérer comme telle. A ce transport de créance est donc applicable l'art. 1690 c. civ., qui règle les formalités que le cessionnaire doit accomplir, s'il veut être saisi à l'égard des tiers. Si ces conditions sont remplies, le gérant ne peut payer à un autre que le cessionnaire la part de bénéfices qui, d'après la convention sociale, revenait au cédant. Il n'y a aucun motif, en effet, de traiter ce transport de créance autrement que tout autre [2]; de plus nous verrons tantôt que cette solution ne contrarie aucunement l'art. 1861 qui décide qu'un associé ne peut, sans le consentement de ses cointéressés, introduire un tiers dans la société. De là suit que, si le gérant, au mépris de la convention de cession qui

[2] Alauzet conteste à la société civile le caractère de personne morale; et cependant, quand un associé a cédé les droits qu'il a dans l'actif commun, cet auteur pense que le cessionnaire est saisi à l'égard des tiers s'il signifie son titre d'acquisition à la société; et il ne semble pas que, dans son opinion, il faille distinguer quant à la nature des différents objets compris dans la cession. Delangle (n° 203) adopte la même opinion; mais il traite surtout de la société commerciale, laquelle, dans le plus grand nombre de cas, constitue une personne morale.

lui a été régulièrement notifiée, paye au cédant sa part dans les bénéfices, il ne sera pas libéré envers le cessionnaire auquel il sera contraint de payer une seconde fois. De même, la convention par laquelle les associés décideraient de ne plus toucher aux bénéfices, mais de les laisser accroître le fonds capital, cette convention, disons-nous, ne peut nuire au cessionnaire, si elle a été conclue postérieurement à la date de la signification et avant l'expiration du temps pour lequel la cession a été accordée; le cessionnaire n'en serait pas moins autorisé à poursuivre les droits que lui confère son titre. Ce titre, en effet, peut être opposé aux associés depuis la notification qui en a été faite au débiteur, c'est-à-dire au gérant: car ces associés sont des tiers pour le cessionnaire. Celui-ci est saisi d'une façon absolue du droit de son auteur dans les bénéfices. Le cédant n'a donc pu consentir à la capitalisation de ces bénéfices en ce qui le concerne; car il n'est pas permis de disposer d'une chose appartenant à autrui.

Le gérant dans notre hypothèse est devenu débiteur personnel du cessionnaire: celui-ci peut donc user de tous les moyens que lui fournit le droit commun pour établir la quotité de sa créance; par conséquent, il peut demander compte à l'administrateur et celui-ci sera obligé de produire toutes les pièces de nature à établir la situation de sa gestion. Cette solution est cependant contestée par un arrêt de la cour de Liége du 16 juin 1860 (P. 1862.79), rendu en matière de société commerciale. Elle est présentée par cet arrêt comme violant l'art. 1861; mais elle laisse le principe de cet article parfaitement intact; on s'en convaincra en recherchant l'esprit qui a dicté cette disposition (infrà n° 155).

**106.** La société est un contrat qui naît de la confiance mutuelle que s'inspirent certaines personnes. Dans la société civile, telle que la conçoit le rédacteur des articles 1832 et suivants, chaque associé joue un rôle actif, l'article 1859 1° est là pour l'attester; chacun coopère dans la limite de ses forces à l'œuvre commune; chacun a pouvoir d'obliger ses coassociés, de disposer de tout ce qui est disponible dans la société. Voilà certes une latitude bien grande. Et si l'on ajoute que la société du code civil suppose des rapports personnels très-intimes, que les associés entremêlent,

pour ainsi dire, leurs existences, habitent sous le même toit, mangent à la même table, confondent en un mot leurs intérêts moraux et matériels, se communiquent leurs affections, leurs sentiments, on comprendra que le législateur ait formulé la règle de l'article 1861. Ce que la loi a voulu empêcher, c'est qu'un associé pût, sans le consentement de ses associés, se substituer un tiers dans l'exercice des droits personnels, matériels ou moraux, que lui donne la qualité d'associé. Ainsi le cessionnaire ne pourra faire les actes de gestion réservés au cédant; en s'y livrant, il n'obligerait pas les associés; il ne pourra pas surtout habiter la maison commune à la place de son auteur, ni, en général, réclamer une part dans les jouissances intellectuelles et morales auxquelles les associés ont droit. Voilà ce que proclame l'article 1861. Mais notre hypothèse tombe-t-elle sous le coup d'une de ces prohibitions? Nullement. La cession ne confère au cessionnaire aucune des fonctions, aucun des droits personnels propres à un associé; elle n'a pas la prétention d'entraver en quoi que ce soit la gestion, la direction des affaires communes; elle se borne à transporter sur la tête d'un étranger la propriété d'un droit matériel, pécuniaire appartenant à un associé. Or rien n'est plus licite. Nous prétendons même que cette cession, valable en elle-même, peut de plus être opposée aux parties quand elle leur a été notifiée; qu'elle n'est pas, quant aux associés en général, *res inter alios acta*. L'art. 1861, en effet, n'interdit qu'une chose à un associé : c'est de faire à un tiers, sans le consentement de ses coassociés, une position complètement identique à celle que lui-même occupe dans l'association. Il ne lui défend pas de céder à autrui l'intérêt qu'il peut y avoir. Cette cession est donc placée sous l'empire des règles ordinaires. Conséquemment, lorsque la convention se présente dans les conditions d'une cession de créance contre un autre que l'auteur de la convention, toutes les dispositions de droit commun, l'art. 1690 entre autres, doivent être observées. Il en résulte donc que, dans notre hypothèse, la cession a une existence certaine pour les coassociés du cédant; ils ne peuvent plus compter sans le cessionnaire en ce qui concerne la répartition des bénéfices.

107. La créance cédée est conditionnelle (suprà n° 103).

il suit de là que la notification faite à l'associé qui, lors de la cession, était chargé de l'administration, ne conserve les droits du cessionnaire que pour autant que cet associé continue à administrer. Si donc celui-ci était privé de la gestion ou s'en démettait volontairement, le transport devrait être notifié à son successeur, pour que le cessionnaire fût saisi à l'égard de ce dernier. La prudence conseille donc au cessionnaire de notifier son titre à tous les associés à la fois. Grâce à cette précaution, la substitution d'un associé à un autre dans l'administration de la société ne pourrait lui causer aucun préjudice.

108. Si le cessionnaire n'a pas notifié son titre au gérant, le cédant n'en est pas moins lié par la convention qu'il a conclue avec le premier. En supposant donc que les associés conviennent ensuite de capitaliser les bénéfices, le cédant devra néanmoins compter au cessionnaire sa part sociale dans la somme représentant les bénéfices effectués. Mais il existe deux différences entre ce cas et le précédent. Dans l'hypothèse présente, le cessionnaire ne pourra pas s'adresser au gérant ni à aucun autre associé pour obtenir le compte de la gestion, la situation de la société ou toute autre pièce de nature à constater le chiffre des bénéfices réalisés. Le motif en est que son auteur n'a plus de droits aux bénéfices; il a renoncé à celui qu'il avait; comment donc ses créanciers pourraient-ils obtenir la communication des documents propres à en déterminer la quotité? Cette communication ne leur serait plus d'aucune utilité. En second lieu, l'insolvabilité complète de l'associé enlève tout droit au cessionnaire; et si elle n'est que partielle, le cessionnaire viendra au marc le franc sur les biens propres du cédant avec tous ses autres créanciers. Dans la première hypothèse, au contraire, le droit du cessionnaire est indépendant de la solvabilité personnelle du cédant.

Nous venons de dire que la capitalisation des bénéfices, en cas d'insolvabilité complète du cédant, enlève au cessionnaire le moyen de recueillir un avantage quelconque de son titre. Mais cela suppose que la convention en question n'est pas frauduleuse de la part de l'associé: car si elle avait ce caractère, le cessionnaire pourrait en obtenir l'annulation; et alors, agissant en vertu de l'art. 1166 c. civ., il exercerait les droits et actions de son débiteur dans la société; la conven-

tion serait nécessairement frauduleuse à l'égard des créanciers du cédant, si celui-ci était déjà insolvable au moment où il y donnait son acquiescement : car la conscience qu'il devait avoir de son insolvabilité le constituait forcément de mauvaise foi. Il faudrait cependant admettre une exception en vue du cas, assez invraisemblable du reste, où la convention en question pourrait être considérée comme un acte de bonne administration de la part du cédant et comme l'unique moyen de réparer le délabrement de ses affaires ; car alors elle serait conclue dans l'intérêt des créanciers eux-mêmes.

**109.** Après avoir parlé des bénéfices, occupons-nous du capital de la société.

La faculté qu'ont les associés de disposer du fonds social est limitée par le principe suivant : Les conventions librement consenties sont irrévocables ; elles ne peuvent être anéanties que par la volonté unanime de toutes les parties. Si donc un associé a disposé au profit d'un tiers de son droit dans un objet commun, les associés n'en continueront pas moins à jouir de cet objet de la façon autorisée soit expressément soit tacitement par le contrat, et pendant tout le temps convenu. D'un autre côté, si ce contrat détermine l'étendue de la jouissance de la société, il en fixe aussi les bornes. L'acte d'aliénation produira donc tous les effets qu'on peut lui faire produire sans empiéter sur les droits de la communauté.

**110.** Supposons donc qu'un associé ait cédé à un tiers son droit dans un immeuble commun que le gérant n'a pas le pouvoir d'aliéner sans le consentement de ses associés. Cette convention ne produit aucun effet pour le moment. L'acquéreur a seulement l'espoir de devenir un jour propriétaire de l'immeuble, si par l'effet du partage ce dernier tombe au lot du vendeur. Tant que cette condition n'est pas accomplie, l'acquéreur n'a le droit d'exercer aucun acte de maître de façon à entraver la réalisation du but que les associés se sont proposé d'attendre. En conséquence, le cessionnaire devra souffrir que la société se livre, relativement à l'immeuble en question, à tous les actes de jouissance autorisés par le contrat, quelque préjudice qu'il en puisse résulter. Mais si l'acte de vente a été transcrit conformément à la loi du 16 décembre 1851, on ne peut, sans l'assentiment de l'acquéreur, disposer de la totalité

de l'immeuble. Car il en est copropriétaire indivis et son titre d'acquisition peut être opposé aux associés. Ce titre, en effet, est revêtu des formalités prescrites par le législateur pour que les actes translatifs de propriété immobilière existent aux yeux des tiers. Le consentement de l'associé vendeur serait incapable de valider la vente à l'égard du cessionnaire : car le premier n'a plus qualité à cet effet. Le cessionnaire peut aussi s'opposer à ce que l'on jouisse de l'immeuble en question d'une façon différente de celle qui est déterminée par le contrat, quand il doit en résulter une plus grande dépréciation: car tout ce que les associés peuvent exiger de leurs coassociés, c'est que ceux-ci, par des conventions particulières, n'altèrent pas les droits que les premiers tiennent du contrat. Or, il ne s'agit pas ici de faire produire à la convention sociale tous les effets dont elle est susceptible; on veut au contraire déroger à cette convention, faire une chose non autorisée par elle; et l'on comprend que cette modification ne puisse avoir lieu que de l'assentiment de tous les intéressés.

Si l'on objecte que notre solution a l'inconvénient d'empêcher la société de disposer et de jouir du fonds social de la façon commandée par les nécessités du moment, nous répondrons que les associés ont un moyen bien simple de se soustraire à ce désagrément. Qu'ils insèrent dans l'acte social une clause qui permette à la majorité des membres de l'association de disposer de la totalité des biens sociaux, ou d'introduire dans le mode de jouissance de la société toutes les transformations exigées par l'intérêt collectif. De la sorte, le consentement du plus petit nombre des sociétaires étant superflu, on n'aura pas à tenir compte de la résistance des tiers auxquels un associé pourrait avoir cédé ses droits [3].

**111.** Le cessionnaire étant propriétaire indivis, il peut à ce titre exercer tous les actes conservatoires de son droit. Ainsi il peut interrompre la prescription en intentant l'action en revendication contre le détenteur de l'immeuble dont il est devenu copropriétaire. Il ne doit donc pas attendre que le partage lui ait attribué ce bien, et il peut introduire la demande en son propre nom (suprà n° 99).

[3] La légalité de la clause en question est reconnue par un arrêt de la cour de cassation de France rendu le 9 novembre 1846 (D. P. 52. 5. 507. 3).

**112.** Celui auquel un associé a cédé ses droits dans un bien dépendant d'une société civile, est son successeur à titre particulier. Voilà pourquoi il n'est pas tenu des dettes de son auteur. Ainsi donc, en supposant que le bien cédé tombe au lot de celui-ci lors du partage, les créanciers de la société ne pourront faire supporter par le cessionnaire aucune partie des dettes contractées par son auteur. Il pourra retirer la chose cédée sans avoir à subir la défalcation d'aucune d'elles (infrà nos 126 et s.).

**113.** Si l'immeuble cédé ne tombe pas au lot de l'associé vendeur, le cessionnaire ne peut se faire restituer le prix qu'il a pu donner. Car ce qu'il a acheté, ce n'est pas une chose déterminée dont l'associé avait la propriété actuelle; il a acquis le droit qu'y avait celui-ci, tel qu'il résultait de son titre, c'est-à-dire un droit de propriété indivis; il a donc acheté la chance d'acquérir l'objet vendu. Maintenant que cette chance a tourné contre lui, il n'a pas le droit de se plaindre; il ne peut se dire lésé; il ne saurait obtenir aucune indemnité.

Le cessionnaire a donc tout intérêt à ce que l'objet cédé tombe au lot de son auteur; aussi peut-il, en vertu de l'art. 882 c. civ. applicable en matière de société, intervenir au partage pour empêcher qu'il y soit procédé en fraude de ses droits. Ainsi, s'il demande que les biens dans lesquels un associé lui a cédé sa part, soient, avant tous autres, placés dans le lot de cet associé, et si aucune considération ne s'oppose à ce qu'on suive ce règlement, il devra être adopté. Si cet associé a des créanciers, il y aura naturellement lutte entre ceux-ci et le cessionnaire : car ils ont des intérêts tout opposés et des manières de voir différentes en ce qui concerne la composition du lot de l'associé débiteur. Si cette composition est avantageuse au cessionnaire, elle est préjudiciable aux créanciers et réciproquement. Dans ce conflit de prétentions opposées, le mieux, croyons-nous, sera de procéder à la composition des lots sans avoir égard ni au cessionnaire, ni aux créanciers; de cette manière, on conciliera les intérêts de tous.

**114.** Si la vente a pour objet la part d'un associé dans un immeuble que la convention sociale permet au gérant ou à la majorité des associés d'aliéner sans la participation du premier,

tout ce que nous avons dit subsiste; nous arrivons au même résultat, avec cette différence que si, lors de la dissolution de la société, il a été fait usage de cette faculté, la vente manque d'objet. Dans le cas contraire, le cessionnaire conserve l'espérance de devenir propriétaire de ce qu'il a acquis; et cette espérance devient une réalité, si la chose achetée tombe au lot de son auteur, à la condition qu'il ait, en temps utile, rempli la formalité de la transcription.

**115.** Ce que nous venons de dire d'un immeuble appartenant à la société est exact de plusieurs de ces immeubles, et même de tous ceux que la société possède au jour où intervient l'acte de cession. Mais le cessionnaire ne sera considéré vis-à-vis des tiers comme étant propriétaire indivis des immeubles compris dans la cession que si l'on a rempli, à l'égard de chacun d'eux, les formalités de la transcription, conformément à la loi du 16 décembre 1851.

**116.** Un associé peut aussi céder le droit qu'il a dans un ou plusieurs objets mobiliers dépendants de la société. Ce que nous avons dit de la cession d'un immeuble vénal ou non, est applicable à cette hypothèse. Il y a cependant cette différence entre les deux cas qu'ici la vente est valable quant aux tiers indépendamment de toute condition spéciale de publicité. Il suffit qu'elle soit constatée par un acte ayant date certaine.

Cette convention non plus ne transmettra au tiers acquéreur aucun droit actuel de disposition ou de jouissance. Avant de prendre possession des objets cédés, il devra attendre que la société soit dissoute et que le partage les ait fait tomber au lot de son auteur. Cependant, si un associé avait vendu une partie du mobilier de la société à un tiers de bonne foi, c'est-à-dire qui en ignorait l'origine, celui-ci en demeurerait propriétaire. Il serait protégé contre toute inquisition par la maxime : En fait de meubles, possession vaut titre.

**117.** Chaque associé est créancier pour sa part de tout ce qui est dû à la société (suprà n° 79). Il peut donc disposer de cette part; et la cession est valable quand même le cédant serait privé du droit d'administrer. Le cessionnaire peut donc immédiatement exiger du débiteur cédé le payement de ce qu'il doit au cédant; et s'il s'agit d'une créance à terme, il

conservera son droit à l'égard des associés en notifiant la cession au tiers débiteur (art. 1690 c. civ.).

L'art. 1860 c. civ. défend, il est vrai, à l'associé qui n'est pas administrateur, d'aliéner les choses même mobilières qui dépendent de la société. Mais cette disposition ne statue qu'au point de vue des rapports des associés entre eux. Elle oblige les associés à s'abstenir de tout acte de gestion quand ils ont confié l'administration à un des leurs; et s'ils ont contrevenu à cette prescription, ils doivent réparer le préjudice qu'ils ont causé à la société. Mais l'art. 1860 ne saurait produire d'effet à l'égard des tiers. Il serait contraire à la raison que des personnes qui n'ont pas concouru à la formation du contrat de société, pussent être tenues d'en observer les clauses.

**118.** Les associés ont chacun une créance éventuelle contre le gérant (suprà n° 81). Elle a sa source dans l'administration elle-même, lorsque, par suite des arrangements pris dans la convention sociale, les valeurs de la société se trouvent confondues avec la fortune propre du gérant. Cette créance n'est pas exigible avant l'expiration du mandat confié à ce dernier; son importance sera déterminée à ce moment par le compte de gestion que l'administrateur sera, tenu de présenter. Si donc un associé cède à un tiers la part qu'il a dans la créance en question, le gérant n'en a pas moins, comme par le passé, le droit de se livrer à tous les actes qui lui sont permis par la convention sociale; il conservera le maniement des fonds, il achètera, il vendra, comme s'il n'existait pas de cession. Le tiers cessionnaire ne pourra réclamer sa part dans la créance cédée qu'au jour de la dissolution de la société. Mais auparavant il doit pouvoir user d'un moyen légal qui lui permette de conserver pour lui seul le bénéfice de la convention passée entre lui et l'associé son auteur, de manière à empêcher celui-ci de transmettre le même droit à autrui. Or, comme il s'agit ici d'un transport de créance, pourquoi ne trouverait-on pas ce moyen dans l'article 1690? Le gérant, averti par la notification du transport, deviendrait alors le débiteur personnel du cessionnaire et il ne pourrait plus payer valablement à l'associé cédant, la somme à laquelle s'élèvera la quote-part de celui-ci dans le reliquat du compte de gestion.

Le gérant, malgré l'acte de cession, conserve, avons-nous

dit, la faculté de faire tous les actes qui lui sont permis par l'acte de société, quelque préjudiciables qu'ils soient pour les intérêts du cessionnaire. Ainsi, si la convention l'autorise à employer certaines sommes dont il est dépositaire, à l'acquisition d'immeubles, il peut faire ces acquisitions sous les noms des associés primitifs, parce qu'en agissant ainsi il ne fait que remplir son mandat; il ne doit pas substituer dans l'acte le nom du cessionnaire à celui de l'associé cédant : car l'acte de cession n'a pu le dépouiller du droit d'exécuter la convention primitive. Et cependant il est certain qu'en procédant ainsi, il augmente la propriété immobilière de l'auteur de la cession à l'aide de sommes qui, sans cela, auraient été recueillies par le cessionnaire, et qu'il lui aurait remises au moment de la reddition de compte.

Mais si la convention sociale n'autorisait pas le gérant à faire les acquisitions en question pour ses coassociés, il resterait responsable à l'égard du cessionnaire de la part qui lui serait revenue dans la somme qui y a été consacrée. En effet, avant la cession, l'associé de qui elle émane, avait une créance à charge du gérant; cette créance, il la cède à autrui et le cessionnaire signifie la convention au débiteur cédé. Maintenant donc que la loi est observée, il faut admettre comme applicables à l'espèce toutes les conséquences qui découlent logiquement de cette observation. Or quels sont les résultats que la loi a voulu atteindre? Elle a voulu empêcher le débiteur de payer ce qu'il doit à l'auteur de la cession. Si donc il transgresse la défense qui lui est faite, il n'est pas libéré envers le cessionnaire, il doit lui payer une seconde fois. Ici qu'a fait le gérant? Il a attribué au cédant le bénéfice d'une partie de sa gestion, alors que celui-ci n'y a plus droit; il en a frustré le créancier véritable, car il a diminué d'autant ce que celui-ci aurait recueilli par l'effet du partage. N'est-il pas tenu de réparer ce préjudice en vertu des règles ordinaires? Nous ne savons au nom de quels principes on répondrait négativement. Ici, en effet, le gérant ne peut pas se défendre en invoquant le contrat de société; ce contrat ne l'autorisait pas à agir comme il l'a fait.

**119.** Si un associé avait cédé à autrui sa part dans les deniers comptants, le cessionnaire ne pourrait exercer de ce

chef aucune action contre la société. En effet, si cet associé est privé de la gestion, il ne peut lui-même disposer du capital social; il est donc incapable de transmettre à autrui plus de droits qu'il n'en a lui-même. S'il exerce la gestion et s'il paye en exécution de la convention qu'il a conclue avec le tiers, les deniers appartiendront bien à ce dernier, puisqu'ils sont censés former la propriété personnelle du gérant; mais il y a dans ce fait un motif de faire révoquer celui-ci.

En définitive, l'acte de cession en question ne constitue sous un autre nom qu'une simple obligation par laquelle le gérant s'engage à payer à un tiers la somme qui représente sa part dans les deniers comptants qui se trouvent en caisse au moment actuel, ou qui s'y trouveront lors de la dissolution de la société.

**120.** Jusqu'ici nous avons traité la cession qu'un associé a faite de ses droits dans la société comme si elle avait lieu à titre particulier, comme si elle portait uniquement et spécialement sur un ou plusieurs des objets que l'actif social peut embrasser. Il reste à nous demander quel effet produirait la cession universelle ou à titre universel des droits d'un associé, c'est-à-dire l'acte par lequel un associé céderait en général tous les droits qu'il peut avoir dans la société ou ses droits dans tous les immeubles, ou dans tout le mobilier de la société, ou dans une partie de ces objets ainsi déterminés.

Nous croyons que dans aucun de ces cas le tiers cessionnaire n'aurait acquis de droit propre et personnel sur aucune des choses appartenant à la société et comprises dans la classe désignée par la convention. Ainsi, il n'acquerrait la propriété conditionnelle des immeubles de la société que si l'acte de cession les indiquait d'une manière assez complète pour que les formalités de la transcription pussent être accomplies; il serait donc indispensable que chacun d'eux fût désigné spécialement. Pareillement le cessionnaire ne deviendrait créancier des débiteurs sociaux pour la part de son auteur que si le nom de ceux-ci était désigné dans l'acte de cession. C'est alors seulement qu'on pourrait leur notifier le transport de la créance et qu'ils seraient obligés de payer au cessionnaire. Il est donc impossible de concevoir un acte de cession universelle ou à titre universel des droits

d'un associé, produisant les effets que nous nous sommes attachés à faire ressortir plus haut. Une telle convention vaudrait tout au plus comme obligation de payer au prétendu cessionnaire la valeur que la part de l'associé, ou la fraction de cette part déterminée dans l'acte, a actuellement ou aura le jour de la dissolution de la société; il faut rechercher, à cet égard, quelle a été l'intention des parties. Le cessionnaire est donc un simple créancier de l'associé avec lequel il a traité; et, quand même il aurait notifié la convention à tous les associés ou au gérant en titre, il ne serait préféré à aucun des créanciers du même associé ni sur les biens propres de ce dernier, ni sur la part qui lui sera faite un jour dans les biens communs. Si l'associé avait cédé deux ou plusieurs fois le même droit, tous les cessionnaires concourraient ensemble; aucun d'eux n'exclurait les autres.

### VI. Action des créanciers sur le fonds social

**121.** Lorsque les associés s'obligent tous conjointement envers un tiers, on dit que la société est obligée; mais il ne se forme pas, à cette occasion une dette unique, la dette de la société : ce sont, en effet, les associés qui ont contracté; ils se sont engagés, chacun de son côté, à payer au créancier une partie de la somme globale; au lieu d'une obligation, il y a ainsi autant d'engagements parallèles et distincts qu'il y a d'associés.

La même chose s'observe quand un associé a contracté envers un tiers comme mandataire de la société. L'associé promet d'abord pour lui, c'est-à-dire, s'oblige pour sa part; puis il promet pour ses coassociés dont il est le fondé de pouvoir; chacun de ceux-ci s'oblige donc par son entremise pour sa part; et il se fait ainsi que, bien qu'un seul des associés ait parlé au contrat, le créancier acquiert instantanément plusieurs actions ayant chacune une existence essentiellement distincte, et ne dépendant en rien l'une de l'autre. L'une de ces créances peut s'éteindre quand les autres subsistent; l'une peut se conserver quand l'autre se perd. D'un autre côté, le créancier ne

peut poursuivre l'exécution entière de l'obligation contre personne. La confirmation de ce que nous avançons ici, se trouve dans les expressions mêmes dont se servent les articles 1862 et suivants du code civil.

Ce point étant bien établi, il nous sera facile de résoudre la question de savoir sur quels biens les créanciers des associés peuvent agir pour arriver au payement de ce qui leur est dû.

**122.** D'après l'art. 1166, tout créancier peut exercer les droits et actions de son débiteur. Il résulte de cette disposition que les créanciers d'une personne sont liés par les conventions sans fraude intervenues entre celle-ci et un tiers, et par lesquelles leur débiteur aliène une partie de sa fortune ou renonce à un droit soit temporairement soit d'une façon définitive.

Voici les applications du principe :

Mes créanciers peuvent saisir mon patrimoine, le vendre et se payer sur le prix. S'il renferme un bien indivis entre moi et un tiers, ils doivent auparavant provoquer le partage. Mais si j'ai renoncé au droit de demander le partage pendant un temps qui ne peut excéder cinq années (art. 815 c. civ.), cette action se trouvera, pendant le même délai, paralysée entre leurs mains. Néanmoins la convention suspensive du partage ne met pas obstacle à la saisie, si mon créancier est également créancier des autres communistes : car il est le mandataire de ceux-ci à l'effet d'exercer leurs droits. Or ils ont la faculté d'annuler la convention dont il s'agit, chacun en ce qui le concerne; elle est donc non avenue à l'égard du saisissant. Il importerait peu que ce dernier fût devenu créancier des différents copropriétaires par suite d'un même contrat ou par l'effet de contrats différents; il n'y aurait aucun motif de distinguer. Mais aussi il suffirait que le créancier commun eût reçu de l'un des communistes ce que celui-ci lui doit, pour que la saisie collective fut impossible : car la volonté de quelques-unes des parties ne suffit pas pour anéantir une convention; il faut le consentement de toutes. Or le créancier, dans notre hypothèse, n'est plus le mandataire de tous les copropriétaires. Il faut adopter la même solution quand la dette de l'un des communistes est à terme ou conditionnelle. La saisie ne peut être pratiquée avant que le

terme ne soit expiré ou que la condition ne soit accomplie.

Une personne peut donc saisir un bien indivis quand elle est créancière de tous les copropriétaires indivis, sans devoir respecter la clause qui maintient l'indivision pendant un temps déterminé. Mais que décider lorsque les copropriétaires, au lieu de devoir à un même créancier, ont, chacun de son côté, un créancier qu'ils ne payent pas ? Ces créanciers ne seront pas non plus arrêtés par l'indivision conventionnelle : car les communistes ont le droit de la faire cesser de commun accord ; et chacun d'eux est représenté au moins par l'un des saisissants.

Ici encore, même restriction que plus haut : la saisie deviendrait impossible si un des communistes remboursait ses créanciers, ou jouissait d'un terme, ou devait sous condition.

**123.** Nous croyons ces principes applicables en matière de société.

D'abord il y a un cas qui ne soulève aucune difficulté : on reconnaît unanimement que tout créancier de la société peut saisir et faire vendre les biens sociaux malgré la résistance des associés. Mais précisément on ne fait en cela que rendre hommage à la doctrine que nous venons d'exposer. Car le saisissant est créancier de chaque associé ; il a donc mandat à l'effet de dissoudre la société, de faire vendre les biens indivis et de consacrer le produit de la vente à l'acquittement de sa créance. Mais s'il avait reçu d'un des associés la part incombant à celui-ci dans la dette commune, il ne pourrait plus saisir les biens sociaux ni continuer la saisie en supposant qu'elle fût déjà commencée : car il n'est plus mandataire de tous les propriétaires de cet immeuble. Le créancier de la société aurait donc intérêt à ne pas accepter le paiement partiel que lui offre l'un des associés : en effet, s'il n'avait rien reçu, il aurait saisi tous les biens communs et aurait recouvré tout ce qui lui est dû. Maintenant au contraire cette saisie est impossible. Mais précisément il ne peut refuser l'offre qui lui est faite : car tout débiteur peut contraindre son créancier à recevoir ce qu'il lui doit.

En vertu des mêmes principes, il faut reconnaître à ceux que l'on appelle *créanciers personnels* le droit de saisir l'actif social, si, parmi les saisissants, il se trouve au moins un créancier de chaque associé (art. 1166 c. civ.), ou si, la saisie

étant pratiquée par une seule personne, celle-ci est créancière de tous les associés. Tel serait le cas si ces derniers étaient appelés à recueillir la même succession. Tout créancier du défunt aurait le droit de faire vendre l'actif social, bien qu'il ne fût pas créancier de la société.

Mais un créancier particulier d'un associé ne pourrait isolément provoquer le partage des biens mis en société afin de saisir la part de son débiteur. L'actif social n'aurait même rien à craindre des poursuites exercées par les créanciers de tous les associés moins un. La présence d'un associé solvable éteignant régulièrement son passif suffit donc pour sauver le patrimoine de la société des attaques que dirigeraient contre lui les créanciers, quelque nombreux qu'ils soient, de ses coassociés.

**124.** Après ce qu'on vient de lire, on admettra sans difficulté que les créanciers personnels d'un seul associé peuvent concourir avec les créanciers sociaux sur les biens communs, même avant l'expiration du terme assigné à la durée de la société.

Cependant M. Thiry exprime une opinion contraire dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence* (tome 7, p. 300 et s.). Il accorde aux créanciers sociaux un droit de préférence vis-à-vis des créanciers personnels; et il fonde cette décision sur l'art. 1860 c. civ., d'après lequel l'associé qui n'est pas administrateur ne peut aliéner ni engager les choses même mobilières qui dépendent de la société. Or les créanciers de cet associé n'ont pas plus de droits que leur débiteur. Ils ne sauraient donc se faire attribuer la moindre partie des biens de la société. Mais nous croyons avoir démontré (suprà n° 57) que l'art. 1860 n'a pas la portée que lui prête M. Thiry. Il ne fait qu'étendre à un cas particulier le principe général de l'art. 1859, qui défend aux associés exclus de la gestion d'usurper les attributions du gérant. Il faut donc résoudre la difficulté à l'aide des principes du droit commun. Or, un créancier social qui saisit l'avoir de la société, agit comme mandataire de ses débiteurs, propriétaires de cet avoir (1166 c. civ.). Tout ce qu'il fait est donc censé fait par les associés eux-mêmes. Ce sont donc eux qui renoncent à l'état d'indivision, qui vendent les biens sociaux et en distri-

buent le prix aux créanciers de la société. Mais alors, pourquoi distinguerait-on les créanciers sociaux des créanciers personnels? Pourquoi écarterait-on ceux-ci de la distribution des deniers, pour y admettre seulement les autres? Dès qu'un débiteur fait la répartition de son patrimoine entre ses créanciers, tous ont droit à une part proportionnellement égale. Il est vrai que d'abord le créancier particulier était tenu à distance; mais c'est précisément parce que son débiteur, dont il exerce les droits, n'avait pas le pouvoir de dissoudre la société isolément et de son chef; maintenant, au contraire, que d'autres ayant un tel pouvoir l'ont exercé, ou plutôt, maintenant que les associés représentés par leurs créanciers respectifs ont brisé le lien qui tenait les biens communs enchaînés, il accourt pour y avoir part, car il y a droit au même titre que les autres [1].

**125.** Mais les parties, en s'associant, conféreraient-elles, par hasard, un privilége tacite aux créanciers de la société sur les biens de celle-ci? Ne pourrait-on pas raisonner de la manière suivante: "Chacun sait que les fondateurs d'une société civile la destinent à l'action : ce n'est pas, en effet, pour maintenir leurs biens dans les liens d'une indivision inerte et passive qu'ils ont formé leur convention; c'est à l'effet d'entrer en relations avec des tiers, de contracter des dettes, d'acquérir des créances. L'instrument qui sert à faciliter ces opérations, c'est le fonds social; ce sont les biens misen commun, dont l'appât doit solliciter la confiance du public. Et lorsque plusieurs personnes ont répondu à l'appel des associés, lorsqu'elles leur ont fait l'avance d'une partie de leur fortune, lorsqu'elles ont ainsi contribué à réaliser le but de la société, la production de bénéfices, on permettrait à d'autres qui n'ont aucune part dans ce résultat de leur disputer une chose qui, dans l'intention commune, constituait leur gage exclusif? Ne serait-ce pas leurrer la foi publique, la tromper indignement? "

Voici notre réponse : la convention d'apport ne doit pas être entendue au-delà de ce qu'elle comporte. Lorsque je

[1] La cour de Toulouse (31 juillet 1820, Sirey, vol. 6. 2.30) interprète cependant l'art. 1860 de la même façon que M. Thiry; c'est sur cette disposition, en effet, qu'elle se fonde pour refuser à la femme d'un associé tout droit d'hypothèque sur les immeubles d'une société civile.

m'oblige à mettre quelque chose en commun, je ne contracte d'obligations qu'envers mes coassociés. Je ne prends aucun engagement à l'égard de personnes qui pour lors n'interviennent pas au contrat. Je ne me lie pas envers ceux qui un jour seront mes créanciers; je ne m'oblige pas à ne pas diminuer par mon fait, à leur détriment, la part que j'ai actuellement ou celle que j'aurai plus tard dans l'actif social; encore moins peut-on dire que je leur confère un privilége sur cette part. Je le répète, je ne contracte qu'avec mes associés; je leur promets de leur laisser la jouissance intégrale, perpétuelle, de ce que j'apporte dans la société et de ce qu'ils y mettent de leur côté. Mais, pour le reste, je conserve la faculté de disposer de mon apport dès que cet acte de disposition ne porte pas atteinte à des engagements précédemment contractés par moi. Décider autrement, ce serait donner le pas à des considérations de sentiment sur les froides déductions de la raison et du droit.

**126.** On fera peut-être à notre système une objection, assez grave en apparence : elle est puisée dans l'art. 1872 c. civ., qui dispose : " Les règles concernant le partage des successions, la forme du partage et les obligations qui en résultent entre les cohéritiers, s'appliquent au partage entre associés. " La loi, dira-t-on peut-être, considère donc bien l'actif social comme formant une masse distincte, isolée dans le patrimoine des associés, puisqu'elle l'assimile à une masse héréditaire. Toutes les règles applicables à celle-ci doivent donc être étendues au premier. Or il est certain que les créanciers d'une succession ont un droit exclusif aux biens du défunt, ils sont préférables aux créanciers et ayants cause des héritiers, au point qu'ils ont contre eux le droit de demander la séparation des patrimoines, pourvu qu'ils aient observé les conditions légales (art. 873 et 2111 c. civ.). Et même, quoi de plus usuel que de procéder au partage d'une hérédité par voie de liquidation, opération qui consiste à éteindre le passif avant de faire la division de l'actif? Et si cette manière de procéder est rationnelle en matière de partage de succession, pourquoi ne le serait-elle pas quand il s'agit de partager l'actif d'une société? Les mêmes règles ne gouvernent-elles pas les deux situations? Troplong adopte

sans hésiter cette solution et il l'appuie sur cette maxime si connue du droit romain : *Bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno*. Les créanciers de la société, d'après cette doctrine, passeraient donc toujours avant les créanciers des associés. Alauzet, qui cependant ne voit pas une personne morale dans la société civile, admet cette conclusion. En effet, parlant de la nécessité où se trouve le cessionnaire des droits d'un associé de signifier l'acte de cession à la société, il dit (n° 215) : " La convention ne suffit pas pour transporter au cessionnaire *les effets de la liquidation* ". Ainsi ce dont chaque associé peut disposer, ce qu'il peut grever de ses dettes particulières, ce n'est pas sa part dans l'actif brut, mais sa part dans l'actif net, défalcation faite du passif, en un mot, sa part dans la liquidation.

**127.** Voici ce que nous avons à répondre à ce qui précède :

D'abord l'opinion dont nous venons de rendre compte admet implicitement que la société civile constitue un être de droit distinct des associés : car elle lui reconnaît un passif et un actif indépendants du passif et de l'actif propres à ceux-ci. Or, cette conception n'est pas juridique. Nous n'ajouterons qu'une observation à celles que nous avons déjà présentées sur ce sujet. La voici : légalement, les biens de la société se confondent avec ceux des associés ; il n'existe entre les uns et les autres aucune démarcation qui permette de les soumettre à un régime différent. Tout créancier d'une dette liquide et exigible peut, jusqu'à extinction complète de celle-ci, exercer les droits appartenant à son auteur sur le patrimoine de ce dernier. Voilà le principe dont la généralité embrasse les deux espèces de biens que nous venons de désigner ; et ce principe, nous l'avons démontré, contient en lui le germe de toutes les applications qu'on peut en tirer, et de toutes les limitations dans lesquelles il faut le contenir. Maintenant, que le patrimoine des associés renferme des biens libres, d'autres engagés dans une communauté simple, d'autres formant l'actif d'une société, ces circonstances peuvent-elles modifier notre principe, sont-elles de nature à le soumettre à d'autres restrictions que celles que nous avons indiquées ? Nous ne le pensons pas.

Et du reste, quel rapport juridique existe-t-il entre les biens d'une société et les créanciers communs à tous les asso-

ciés? Quand on lit la plupart des auteurs qui ont étudié la question, on s'imaginerait vraiment que le droit dont ces créanciers s'autorisent pour saisir les biens dits de la société, a une existence indépendante de la personne des associés, qu'il se suffit à lui-même. C'est bien là le sens de la règle " bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno ", telle qu'on l'interprète. Les créanciers d'un associé, dit-on, ne peuvent prétendre aux biens de la société avant l'extinction des dettes sociales, car ils n'ont pas plus de droit que leur débiteur, qui, lui, doit s'abstenir d'y toucher avant l'acquittement du passif. Il serait donc vrai de dire que, lorsque les créanciers des associés saisissent les biens de ces derniers, ils agissent comme mandataires de leurs débiteurs, alors que les créanciers de la société invoquent un droit supérieur. Or, c'est là une idée essentiellement fausse. Si les créanciers de la société civile, lorsqu'ils appréhendent les biens sociaux, ne le font pas comme mandataires des associés, comme exerçant leurs droits, ils ne peuvent agir. C'est donc bien en cette qualité qu'ils pratiquent la saisie. Or, dès ce moment, pourquoi seraient-ils préférés à tous les autres créanciers des associés? Le mandat des premiers émanant de la même personne n'a pas une qualité meilleure que celui des autres. On ne trouve, en effet, dans la législation actuelle aucune disposition qui permette de le croire, ni dans la législation antérieure aucun précédent qui puisse faire préjuger l'opinion du législateur sur ce point.

Aussi Pothier, dans son *Traité du contrat de société*, s'occupant de la façon dont *on doit* procéder au partage, dit bien (n° 168) qu'il faut auparavant dresser un état des dettes passives et que chaque associé (n° 169) peut demander la vente des meubles pour acquitter celles-ci; mais c'est là, aux yeux de Pothier, une procédure toute facultative de la part des associés et que les créanciers de la société ne peuvent pas leur imposer. On en trouve la preuve dans les lignes suivantes écrites par le même auteur; elles établissent que les dettes de la société pouvaient survivre au partage : " Il est évident, dit Pothier (n° 173), que les dettes passives de la communauté ne tombent pas en partage. Néanmoins, lorsque le prix de la vente des meubles n'a pas suffi pour les acquitter, on les distribue assez souvent entre les copartageants qui se chargent

d'acquitter certaines dettes. Mais cet arrangement, par lequel l'un des copartageants s'est chargé d'acquitter certaines dettes, n'en décharge pas les autres envers les créanciers; il oblige seulement celui qui en est chargé d'en acquitter ses copartageants ".

**128.** Nous avons une seconde réponse à adresser à l'objection exposée plus haut. La voici : les dispositions du code civil relatives au partage des successions ne considèrent pas le payement des dettes héréditaires comme une opération préliminaire du partage. On n'y rencontre pas un seul texte de loi ordonnant aux héritiers de les acquitter préalablement. L'article 826 ne contient à cet égard qu'une simple faculté, dont l'exercice appartient à la majorité des héritiers. De sorte que, s'il est d'usage de faire de la liquidation générale de la succession une annexe du partage des biens héréditaires, cette pratique n'a rien d'obligatoire et ne constitue pas une règle en matière de société.

Il est vrai que les créanciers de la succession ont le droit de demander contre ceux des héritiers la séparation des patrimoines; mais précisément l'art. 1872 c. civ. ne renvoie qu'aux règles relatives au partage des successions et à tout ce qui en est une dépendance. Or, il est impossible de découvrir le moindre rapport entre la mesure organisée par les articles 872 et suivants et le partage héréditaire. Au reste, s'il y avait des motifs pour accorder la séparation de patrimoines aux créanciers de la succession, il n'y en avait aucun pour l'accorder aux créanciers de la société. En effet, les créanciers héréditaires n'ont pas contracté avec l'héritier; et, si l'occasion s'était présentée de traiter avec lui, il est très-probable qu'ils se seraient abstenus, vu son peu de solvabilité et le grand nombre de ses créanciers. Or, il se fait que, par suite d'un événement malheureux, celui qu'ils avaient consenti à accepter pour débiteur disparaît; une fiction légale lui substitue la personne de l'héritier, et les créanciers de celui-ci peuvent exercer leurs droits sur les biens du défunt. Dans ces conditions, eût-il été juste d'imposer au créancier de ce dernier une situation qu'il n'eût pas acceptée, s'il avait pu la prévoir, de lui enlever le bénéfice exclusif d'un patrimoine dont la considération l'a déterminé à faire crédit au proprié-

taire, de le condamner à subir la rivalité de créanciers avec lesquels il aurait refusé de concourir ? Non; et tel est le motif qui a fait autoriser la séparation des patrimoines. Mais cette raison ne se rencontre pas dans notre hypothèse : car tous ceux qui se présentent pour saisir certains biens, ont tous contracté avec la même personne. Chacun d'eux, par le fait même du contrat, a accepté d'avance la concurrence de tous ses créanciers actuels, de tous ceux même envers qui le débiteur s'engagera dans l'avenir.

**129.** Nous sommes donc arrivés à ce résultat : nous savons que les créanciers personnels des associés peuvent, au même titre que les créanciers de la société, concourir sur les biens de cette dernière, à quelque époque que la saisie soit pratiquée, lors de la dissolution de la société ou bien auparavant. Tout ce qui précède aura suffisamment préparé le lecteur à admettre de plus que le créancier personnel, auquel son débiteur a conféré une hypothèque sur un immeuble de la société, doit être préféré sur la valeur de cet immeuble aux créanciers sociaux qui ne jouissent pas de cet avantage. Mais cette solution suppose évidemment que l'immeuble hypothéqué par l'un des associés est tombé dans le lot de ce dernier par l'effet du partage. S'il en était autrement, il n'y aurait pas d'hypothèque, le concédant n'ayant jamais été propriétaire du bien grevé.

**130.** Ce qui précède ne s'applique qu'à la portion de l'actif social indivise entre les associés. Quant aux créances sociales, elles se divisent de plein droit entre tous les intéressés, chacun d'eux en est titulaire pour une part. Ses créanciers peuvent donc saisir cette part immédiatement sans avoir à attendre l'expiration du terme stipulé pour la durée de la société. Et quand nous parlons des créanciers des associés, nous voulons désigner les créanciers particuliers de chacun d'eux aussi bien que les créanciers communs à tous.

## VII. Des sociétés civiles reconnues sous le régime de l'ancien droit

**131.** Il arrivait quelquefois sous l'empire de l'ancien droit que le gouvernement reconnût certaines associations civiles

et leur accordât la personnification. Quelle valeur un acte de ce genre a-t-il aux yeux de la législation actuelle? L'association reconnue peut-elle exercer aujourd'hui les droits qui appartiennent à toute personne mórale et particulièrement peut-elle ester en justice représentée par un syndic ou un mandataire?

Si le gouvernement de l'époque a agi en vertu des pouvoirs que lui accordait une loi, nous sommes d'avis que cette association subsiste, munie de tous les droits que cette loi avait pour objet de lui conférer: car on peut considérer alors la formation de cette société comme étant elle-même un acte du pouvoir législatif. Il faudrait donc une loi nouvelle pour mettre fin à son existence comme personne morale. Nous confondons dans cette hypothèse le cas où le gouvernement exerçait de fait la puissance législative.

Si au contraire le droit de légiférer appartenait à une autre autorité, à une assemblée constituée, et que le pouvoir exécutif eût reconnu l'association dont il s'agit, sans y être autorisé par un acte du pouvoir législatif, nous croyons que l'association n'existerait pas comme personne morale.

Quoi qu'il en soit, voici comment le tribunal d'Aix, dans un jugement confirmé par la cour d'Aix, décide une espèce de ce genre. Dalloz, au recueil duquel nous empruntons le narré des faits, ne donne, sur l'objet de l'association, aucun autre détail que ceux qu'on va lire: MM. Surian, Panisse, Bertoglio avaient prêté 150,000 fr. à l'œuvre de Craponne représentée par ses syndics. Bertoglio, n'étant pas remboursé, fait saisir deux branches du canal de Craponne; et la saisie est notifiée à *l'Œuvre générale de Craponne*. L'œuvre demande la nullité de la saisie pour le motif qu'elle est dirigée contre les syndics, au lieu de l'être individuellement contre tous les membres de l'association. Le tribunal commence par poser en principe que le droit d'attribuer l'existence civile à une association touchant à l'intérêt général appartient au pouvoir exécutif, puisque l'attribution de cette existence n'est ni une loi ni un jugement. Puis il constate que l'œuvre de Craponne a été homologuée par le parlement, qui exerçait de fait à cette époque une partie du pouvoir exécutif; d'où la conséquence

que l'œuvre de Craponne doit être considérée comme jouissant de l'existence civile et comme devant agir en justice par ses syndics [7].

## VIII. DE LA LIQUIDATION DES SOCIÉTÉS CIVILES

**132.** La dissolution des sociétés de commerce place ces dernières dans une situation particulière dont voici les caractères : l'être moral subsiste dans l'intérêt de la liquidation et afin de permettre d'arriver à la réalisation prompte et rapide de toutes les valeurs sociales. Dans ce but, il est nommé un liquidateur chargé de représenter la société dans tous les actes qui la concernent; c'est lui seul qui agit là où régulièrement tous les associés devraient intervenir. Dans les sociétés civiles, il n'y a pas d'être moral; dès lors, cette procédure spéciale aux sociétés de commerce qui tend à ressusciter la personne fictive, ne leur est pas applicable. Chaque associé, copropriétaire des biens communs, doit agir dans les diverses circonstances qui peuvent se présenter, comme tout autre propriétaire de biens indivis. La vente de ces biens n'est valable, quant à lui, que s'il a concouru à l'aliénation; si, parmi les vendeurs, il s'en trouve d'incapables, elle doit être entourée des formalités prescrites par la loi du 12 juin 1816. Pareillement tous les associés ou leurs héritiers doivent figurer nominativement dans toutes les instances relatives à la masse sociale.

La cour de cassation de France soumet cependant les sociétés civiles contractées dans la forme commerciale à toutes les règles suivies en matière de liquidation de sociétés de commerce, ainsi que le prouve un arrêt de ce siége du 29 mai 1865 (D. P. 65. 1. 380). La cour ici ne fait que déduire une des conséquences logiques du système admis par elle et qui assimile, sous tous les rapports, la société civile constituée commercialement à une vraie société de commerce. Ce système nous le discuterons plus tard.

[7] Aix, 22 mai 1850. D. P. 1850. 2. 181.

# CHAPITRE SECOND

## DES SOCIÉTÉS DE COMMERCE

**133.** Certaines sociétés de commerce jouissent dans la législation moderne du privilége de la personnification civile. En effet, l'art. 529 c. civ. répute meubles les actions et intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, quand même l'avoir commun comprendrait des immeubles[1]. D'autre part l'art. 1873 c. civ. maintient aux lois et usage du commerce l'autorité qu'on leur reconnaissait anciennement. Or, il n'y avait pas d'usage plus enraciné que celui qui envisageait la société collective comme un être fictif distinct de la personne des associés [1].

Le législateur moderne en conservant à la société de commerce le caractère qu'elle revêtait déjà dans l'ancien droit, a été mû par des considérations d'utilité publique. Les sociétés, en effet, forment l'un des instruments les plus énergiques de

[1] Les rédacteurs du projet de révision du code de commerce, titre des sociétés, se sont attachés à dissiper toute espèce d'incertitude sur le point qui nous occupe. Voici ce qu'on lit dans le projet de loi (Documents parlementaires, session 1865-66, p. 561) :

" Art. 2. La loi reconnaît trois espèces de sociétés commerciales, la société en nom collectif, la société en commandite, la société anonyme. Chacune d'elles constitue une individualité juridique distincte de celle des associés.

" Art. 3. Il y a des associations commerciales momentanées et des associations commerciales en participation auxquelles la loi ne reconnaît aucune individualité juridique. "

la prospérité commerciale. C'est par elles que les forces individuelles, isolées, s'unissant en un seul faisceau, arrivent à exécuter des entreprises souvent colossales après avoir réuni des capitaux considérables. Le législateur avait donc à favoriser l'éclosion des associations et à protéger leur existence; il devait aussi viser à augmenter leur crédit, à justifier la faveur dont elles jouissent dans le monde commerçant; et ce résultat multiple, il l'a atteint par le système dont l'art. 529 est une des manifestations. Dans ce système, en effet, l'actif social ne peut être saisi par les créanciers des associés; il forme le gage exclusif des créanciers de la société.

**134.** Quelles sont les sociétés de commerce qui, aux yeux du législateur, constituent des personnes morales? On peut répondre en général que ce sont toutes celles dont la loi ordonne de faire connaître l'existence au public. On doit, en effet, voir dans cette prescription du législateur l'intention de les soumettre à un régime particulier dans l'intérêt des tiers. Or, cet intérêt exige que la société soit envisagée comme une personne morale. La publication de l'acte social, tel sera donc le critérium qui nous permettra de reconnaître ce caractère à une société de commerce et de lui faire l'application de toutes les conséquences qui découlent du principe de la personnification.

Nous allons donc examiner successivement les quatre formes de sociétés connues du code de commerce et les étudier au point de vue tout spécial auquel nous nous sommes placés en commençant ce travail.

## I. De la société en nom collectif.

**135.** La société en nom collectif mérite incontestablement la dénomination de personne morale. Elle était considérée comme telle dans l'ancien droit. C'était même la seule société à laquelle on reconnût cette qualité : on l'appelait, en effet, la vraie société, la société proprement dite.

C'est exclusivement la considération de l'intérêt des tiers

qui a inspiré au législateur l'idée de faire de la société commerciale une personne morale. Il n'a pas voulu par là garantir l'intérêt des associés ; cet intérêt est suffisamment défendu par les principes mêmes du contrat de société, tels que nous les avons exposés plus haut en dehors de toute idée de personnification. En conséquence, nous ne croyons pas qu'il soit nécessaire de faire intervenir l'image de la personne morale pour arriver à contraindre chaque associé à remplir les obligations contractées par lui en cette qualité. Tout associé gérant peut donc, comme créancier solidaire, réclamer en son nom le payement intégral des mises.

### § 1. DE LA SOCIÉTÉ RÉGULIÈREMENT CONSTITUÉE

**136.** La société en nom collectif n'est entièrement constituée selon les vues du législateur, que lorsque les associés se sont conformés aux articles 42 et 43 du code de commerce.

Il faut, aux termes de ces articles, qu'un extrait de l'acte social soit, dans la quinzaine de sa date, enregistré au greffe du tribunal de commerce de l'arrondissement dans lequel est établie la maison de commerce sociale, et qu'il soit affiché pendant trois mois dans la salle des audiences. Cet extrait doit contenir les noms, prénoms, qualités et demeures des associés, la raison de commerce de la société, la désignation de ceux des associés qui sont autorisés à gérer, à administrer et à signer pour la société, l'époque où la société doit commencer, et celle où elle doit finir.

Lorsqu'il a été satisfait à chacune des réquisitions de la loi, la société est organisée à titre de personne morale; elle peut fonctionner comme telle; elle se détache des associés qui l'ont fondée; elle a un actif et un passif propres.

#### *N°* 1. *Droits des tiers contre la société*

**137.** A quels caractères reconnaîtra-t-on une dette de la société? Le gérant a qualité pour obliger la société. Mais pour que celle-ci soit tenue, il faut que le premier ait parlé

en son nom. Ce sera le cas lorsque l'engagement est souscrit de la raison sociale; car il naît de l'emploi de cette formule une présomption que l'obligation regarde la société et cette présomption est irréfutable; elle n'admet pas la preuve contraire. Mais il ne faut pas nécessairement qu'un engagement soit souscrit de la raison sociale pour obliger la société; il suffit, en effet, qu'il ait été entendu lors du contrat que l'opération était pour son compte. Le créancier alors a entendu avoir la personne morale pour débitrice; il a suivi sa foi. Seulement, il y a entre cette hypothèse et la précédente cette énorme différence que, dans la dernière, ce sera au demandeur à établir le fondement de sa demande, c'est-à-dire, que la société est son obligée, car la forme de son titre ne le suppose pas nécessairement.

**138.** Les créanciers de la société ont un privilége sur les biens qui appartiennent à leur débitrice; ils excluent les créanciers des associés dans la distribution des deniers communs.

C'est dans l'intérêt des créanciers sociaux seulement que la société de commerce est considérée comme formant une personne morale distincte des associés. Aussi croyons-nous que si les créanciers de la société étaient hors de cause, s'il s'agissait seulement d'apprécier les rapports des associés avec leurs créanciers personnels, il faudrait traiter la société comme si elle était purement civile. Ainsi un créancier commun à tous les associés pour cause étrangère à la société aurait le droit, selon nous, de saisir l'avoir commun, par application des principes que nous avons exposés précédemment (suprà n$^{os}$ 122 et 123). Le même droit appartiendrait aux créanciers des associés agissant collectivement. La convention de société ne doit pas, en effet, fournir aux parties le moyen de contracter impunément des dettes. La solution que nous proposons devrait donc être admise non-seulement s'il n'existait pas de créanciers ayant traité avec la société, mais encore si l'actif social dépassait de beaucoup le passif de la société.

Conformément à cette doctrine, le tribunal de Tournai, tout en voyant dans une société universelle de gains, appliquée à une exploitation agricole, un être moral distinct des individus qui la composent, permet cependant à un créancier

commun à tous les associés, mais étranger à la société, de saisir l'avoir social en payement de sa créance. Ce jugement a été confirmé par la cour de Bruxelles le 1er février 1854 (P. 1855. 337).

**139.** Les créanciers sociaux qui excluent les créanciers personnels dans la distribution des deniers sociaux, concourent cependant avec eux sur les biens que les associés n'ont pas versés dans la société : car leur qualité de créanciers de la société ne leur enlève pas celle de créanciers des associés ; il n'ont même droit à la première que parce qu'ils jouissent de la seconde. Décider autrement, ce serait aller à l'encontre du but que le législateur a voulu atteindre en constituant la société à l'état de personne morale : il a cherché à favoriser ceux qui traiteraient avec la société, c'est-à-dire avec les associés dans l'intérêt du commerce commun; or si ces tiers n'avaient pas, comme tout autre créancier, une action indéfinie sur les biens de leurs débiteurs, la protection du législateur tournerait au désavantage de ceux auxquels elle prétend s'adresser.

Du reste, en dehors de la solution que nous proposons, comment expliquera-t-on l'action solidaire que la loi accorde aux créanciers de la société contre chacun des associés? L'opinion contraire est cependant enseignée par Duranton, t. 17, n° 458.

**140.** D'après ce qui précède, on comprendra qu'il importe de distinguer avec soin les biens de la société de ceux qui forment le patrimoine des associés. Les premiers sont le gage exclusif des créanciers de la société; les autres peuvent être saisis à la fois par ces créanciers et par ceux qui ont traité avec les associés personnellement, et il convient de ne sacrifier aucun de ces deux intérêts à l'autre. Les observations que nous avons présentées précédemment sur notre question, en matière de sociétés civiles (nos 71 et s.), serviront également ici à déterminer la ligne qui sépare ces deux catégories de biens. Tous les biens corporels qui ont été apportés en commun lors du contrat, tous ceux qui sont acquis pendant la société, forment donc le gage des créanciers sociaux, à la condition que ces biens concourent réellement, comme éléments actifs, à la réalisation du but qu'on se propose (suprà n° 72). Les créances de la société appartiennent aussi aux créanciers

sociaux; elles ne se divisent donc pas de plein droit entre les associés et ceux-ci ne peuvent disposer de leur part au détriment des premiers.

Les associés peuvent certainement diminuer l'étendue du capital de la société; et dès le moment qu'ils agissent sans fraude à l'égard des créanciers de la société, ces derniers n'ont pas le droit de se plaindre. Ainsi il est permis aux associés de prendre une somme d'argent dans la caisse commune pour se la partager; il ne faut pas distinguer si cette somme représente des bénéfices réalisés ou bien si elle est prise sur le capital. Les associés arrivent au même résultat en consacrant des deniers communs à l'acquisition d'un immeuble qu'ils achètent sous leur nom, ou sous la raison sociale, lorsqu'on ne peut le considérer comme faisant partie du capital actif de la société (suprà n° 72). Le capital social est encore diminué lorsque, par suite de l'amoindrissement du chiffre et du nombre des opérations communes, une partie des immeubles consacrés à la confection des produits sociaux est enlevée à sa destination primitive. Ces actes ne peuvent être argués de nullité par les tiers qui sont devenus postérieurement créanciers de la société. Ils ne peuvent pas non plus être attaqués par les créanciers dont le titre est antérieur, si les associés n'ont pas agi dans un dessein de fraude. Car, bien que les parties aient contracté société, elles n'en conservent pas moins le droit de disposer des objets mis en commun. La convention d'apport ne constitue pas, en effet, un renoncement absolu de leur part. Les associés ont toujours le droit d'administrer leur patrimoine et d'en tirer le meilleur parti. Si donc ces propositions sont exactes, il faut reconnaître que, dans les cas indiqués par nous, les créanciers de la société sont privés de leur privilége sur les biens dont il est question : ces biens deviennent le gage de tous les créanciers des associés indistinctement.

**141.** Les créanciers de la société, en règle générale, sont préférés aux créanciers des associés sur les biens de la société. Il peut cependant arriver que ces derniers aient le droit de concourir avec les premiers. C'est ce que nous avons déjà fait observer à propos de la société civile. Voici dans quel cas. Le gérant, qui dirige les opérations de la société, qui a le maniement des capitaux, est de ce chef débiteur de la personne

morale ; il lui doit compte de son administration. Et il peut arriver que ce compte soit tellement étendu, que la confusion entre les biens sociaux et ceux du gérant soit à ce point complète, que tout l'avoir social, surtout si le capital mis en commun est purement mobilier, se réduise à une créance contre l'administrateur. Or, il n'y a aucun motif de préférer la société aux autres créanciers de ce dernier. Elle aura donc seulement la faculté de concourir avec eux sur les biens dont il est détenteur. Quant aux créanciers sociaux, ils n'ont pas plus de droit que leur débitrice et ne pourront davantage exclure les créanciers personnels du gérant.

**142.** Comment se conserve le privilége des créanciers sociaux ?

La loi n'a prescrit, à cet égard, aucune formalité spéciale. Les créanciers de la société pourront donc exercer leur privilége sur tout objet ayant appartenu à la société, aussi longtemps que cet effet se trouve entre les mains d'un associé. Cependant ils perdraient tout droit de préférence sur les meubles de la société qui se seraient mêlés aux biens particuliers d'un associé au point de ne pouvoir être distingués de ceux-ci.

Quant aux immeubles communs possédés par un étranger, ils resteront grevés du privilége tant que le détenteur n'aura pas accompli la prescription de dix ou de vingt ans, s'il possède en vertu d'un juste titre; car l'associé qui les lui a abandonnés n'a pu transmettre à autrui plus de droit qu'il n'en avait lui-même ; s'il s'agit de meubles, le privilége s'éteint lorsque l'acquéreur est de bonne foi. Enfin si un objet de la société a été vendu par un associé et que le prix en soit encore dû, la créance du prix est frappée du privilége des créanciers sociaux, car elle représente une valeur sociale.

**143.** Indépendamment du droit appartenant aux créanciers de la société de saisir l'avoir commun à l'exclusion de tous autres, les premiers ont une action solidaire contre chacun des associés. Cette action solidaire est présentée par certains auteurs comme la conséquence logique du principe qui fait de la société collectivé une personne morale. Nous n'adoptons pas cette manière de voir. Nous n'apercevons même aucune corrélation entre ces deux idées. Que les créanciers sociaux puissent seuls saisir l'actif de la société, on le

comprend sans peine dans le système qui personnifie celle-ci. Mais le principe en question n'exigeait rien au delà. On aurait pu, sans le méconnaître, refuser aux créanciers tout recours sur des biens qui n'ont pas été mis en commun. Ce qui prouve l'exactitude de cette observation, c'est qu'il en est ainsi à l'égard du patrimoine propre appartenant à des commanditaires ou à des actionnaires d'une société anonyme. Mais il y a une autre preuve de l'absence de toute corrélation entre l'obligation solidaire des associés et la personnalité de la société. La voici : la première peut fort bien exister sans la seconde. Ainsi, quand la société n'a pas été publiée conformément à l'art. 42 c. com., elle ne constitue pas une personne morale en faveur des tiers : en effet, ceux qui ont entendu traiter avec la société ne priment, sur les biens communs, aucun autre créancier des associés; et néanmoins ils ont une action solidaire contre ces derniers.

Il faut donc chercher ailleurs l'explication désirée. Eh bien, nous croyons la trouver dans un usage en vigueur sous l'ancien droit. Lorsque des marchands contractaient ensemble pour fait de commerce, sans être associés, ils étaient obligés solidairement envers le créancier, à moins que le contraire n'eût été stipulé. Cela est attesté par de nombreuses décisions rapportées par Brillon, v° *Marchands*, t. 4., p. 204, sous la rubrique *Obligations entre marchands*. On y lit ce qui suit : " Marchands obligés solidairement par cédule ou par contrat n'ont point le bénéfice de division.... Et sont marchands réputés solidairement obligés lorsqu'ils contractent de compagnie ". Or, en matière de société collective, tous les associés sont censés s'obliger personnellement chaque fois que l'un d'eux contracte sous la raison sociale; il était donc naturel qu'ils fussent tenus aussi rigoureusement que l'étaient, dans la même hypothèse, des marchands non associés. Ajoutez à cela que les associés étaient réputés les *institeurs* les uns des autres et que, dans la législation romaine, l'*institor* obligeait solidairement celui dont il était le préposé. Ce principe était même admis à l'égard de sociétés qui n'étaient pas portées au rang de personnes morales, à l'égard des sociétés tacites ou taisibles. On demeurera donc convaincu de cette vérité, que l'obligation solidaire des associés n'a rien de commun avec le

principe qui fait de la société en nom collectif une personne morale.

### N° 2. *La société défenderesse*

**144.** Les créanciers de la société peuvent poursuivre en justice la société qui est leur débitrice : cela est évident. Mais qui doivent-ils mettre en cause pour que la société puisse être considérée comme partie au procès et pour que le jugement à intervenir soit rendu contre elle ?

Si, dans la pensée du législateur, la société collective forme une réalité juridique distincte des associés, ayant un nom propre, un représentant légal, il faut reconnaître qu'elle peut être assignée sous ce nom et dans la personne de ce représentant. Il paraît, d'après cela, que l'assignation est valablement donnée à la société désignée par la raison sociale et citée dans la personne du gérant. Il n'est donc pas nécessaire que tous les associés soient indiqués dans l'exploit. Aussi cette opinion est-elle universellement adoptée [1]. Elle se fonde sur la comparaison du texte de l'art. 69, § 6 c. pr., avec la partie du projet du code de procédure se rapportant à cette disposition. Le projet portait : " Les associés et intéressés dans une société de commerce seront assignés dans leur maison sociale ". Le Tribunat fit remarquer que ces expressions étaient défectueuses : car, disait-il, la loi ne peut avoir en vue que les assignations à donner à une société considérée comme être moral et collectif. Ces observations eurent pour résultat de faire modifier le projet de la manière suivante : " Les sociétés de commerce seront assignées, etc. [2]. "

Pigeau, seul parmi les auteurs, exige que les associés soient désignés individuellement dans l'assignation; sans cela, dit-il, la condamnation ne pourrait être exécutée contre eux. Mais on peut répondre que, aux termes de l'art. 22 du code

[1] CARRÉ, t. 1, *question* 307 et CHAUVEAU sur CARRÉ; BERRIAT, p. 200, note 23; FAVARD, t. 1, p. 444 : MERLIN, *Rép.*, v° *Société*, sect. 6, § 3, n° 1; BOITARD, t. 1, p. 293 et suiv.; RAUTER, n° 172.

[2] La jurisprudence est conforme à cette interprétation; on peut citer, comme s'y rapportant, un arrêt de la cour de cassation de France du 21 nov. 1808 (Sirey, vol. 2, 1, 605), et un arrêt de la cour de Pau du 19 janv. 1811.

de commerce, les associés sont solidaires de tous les engagements de la société. Il suffit donc qu'un engagement ait été constaté à charge de la société pour que le jugement puisse être exécuté contre ceux qui ont la qualité d'associés. Faudrait-il, par hasard, une nouvelle décision judiciaire pour pouvoir saisir les biens de ceux-ci ? Prétendrait-on qu'ils n'étaient pas parties au procès, que le jugement a été rendu contre une autre personne ? Ce moyen ne serait évidemment pas sérieux. Autre chose serait si celui contre qui on procède à des voies d'exécution en vertu du jugement obtenu, prétendait ne pas être associé. On ne pourrait alors passer outre avant d'avoir détruit judiciairement cette objection.

**145.** Nous venons de montrer que l'opinion générale tend à décider que l'assignation est valablement donnée contre la société, lorsque le nom du gérant figure seul dans l'assignation et nous avons émis l'opinion que cette doctrine est rationnelle et conforme au vœu du législateur. Mais il s'en faut de beaucoup qu'elle soit prescrite par un texte de loi clair et précis. C'est au point que, si la solution dépendait des seules dispositions de la loi, elle laisserait beaucoup de doutes, et la validité de l'assignation semblerait bien plutôt exiger l'indication du nom de tous les associés dans la citation. En effet, l'art. 69 6° est le seul, dans tout le code de procédure, qui ait trait à notre hypothèse. Il porte : " Seront assignés.... les sociétés de commerce tant qu'elles existent en leur maison sociale, et, s'il n'y en a pas, en la personne ou au domicile de l'un des associés ". D'abord, il est facile de constater que cette disposition ne tranche pas le point de savoir si l'assignation doit être donnée en la personne du représentant de la société. Aussi n'est-ce pas sans étonnement que l'on voit de graves auteurs décider le contraire. " La loi, dit Delangle (n° 20), déclare expressément que les assignations données à leurs représentants sont valables. " De son côté, Duvergier (n° 317) écrit ce qui suit: " A la vérité l'art. 69 qui désigne les différentes espèces d'êtres collectifs qu'on peut assigner en la personne de leurs représentants, parle des sociétés de commerce et se tait sur les sociétés civiles ". Il faut avouer que c'est mettre beaucoup de complaisance dans la lecture d'une loi, que d'y découvrir des choses et des expressions qui en sont aussi manifestement absentes.

La loi ne prescrit donc pas d'assigner la société en la personne de son représentant quel qu'il soit. Et même l'art. 69 6° ne donne à aucun des associés plus particulièrement qu'à un autre, mission de représenter la société en justice. En effet, il prévoit deux hypothèses : celle où la société possède une maison sociale et celle où elle n'en a pas. Dans l'un et l'autre cas, elle peut avoir un gérant en titre, un représentant. Il faut même admettre que le législateur raisonne dans la supposition qu'elle s'en est donné un; car il doit croire que la prescription de l'art. 42 c. com. a été remplie en tous ses points. Ainsi la société, dans la pensée du législateur, a un gérant, un représentant; et néanmoins, dans la seconde hypothèse dont s'occupe l'art. 69 6°, le législateur dit, non pas que la société sera assignée en la personne de ce représentant, mais qu'elle sera assignée en la personne d'un des associés. Il semble donc résulter de là que le créancier de la société n'est pas lié par le choix des parties, quand même le résultat de ce choix aurait été rendu public; il pourrait néanmoins poursuivre la société en la personne d'un associé quelconque, celui-ci ne fût-il pas le gérant; il pourrait même s'abstenir d'en désigner aucun. Et s'il en est ainsi dans le cas où la société n'a pas de maison sociale, il faut décider de même quand elle en possède une. La circonstance que la société a un siége fixe d'opérations, n'est pas en état d'influer sur la solution de notre question et, du reste, l'art. 69 6° n'est pas plus explicite dans ce cas que dans l'autre.

Hâtons-nous du reste de dire que l'art. 69 6° n'est d'aucun poids dans la discussion qui nous occupe : car il n'a pas pour but d'indiquer la personne que le créancier de la société doit mettre en cause; il détermine seulement le lieu dans lequel sera remise la copie de l'exploit. Cela devient évident quand on parcourt les autres paragraphes du même article; et même, lorsque l'on examine attentivement le § 6, on est convaincu que la loi ne s'occupe de *la personne de l'un des associés* qu'afin de permettre à l'huissier de rédiger la formule d'usage commençant par les mots *parlant à*. En effet, quand la société n'a pas de maison sociale, il fallait déterminer comment serait faite la notification de l'assignation. Eh bien, la loi dispose que la signification pourra être

faite soit à une personne quelconque se trouvant au domicile d'un associé, soit à la personne même de cet associé hors de son domicile. C'est ainsi que les mots *la personne d'un associé* ont pris place dans l'art. 69 6°. On ne les y aurait pas rencontrés si la loi n'avait dû supposer que la société pourrait manquer de siége social. Il est donc certain que l'art. 69 6° ne peut d'aucune façon servir à trancher le point de savoir qui il faut mettre en cause. Or le jugement à intervenir intéresse naturellement tous les associés, puisque, si la demande est fondée, il les déclarera tous obligés. Dès lors, n'y a-t-il pas lieu d'appliquer à la lettre la règle générale de l'art. 61, qui prescrit de désigner dans l'exploit la personne du défendeur ou celles des défendeurs quand il y en a plusieurs ? Le doute est certainement permis [3].

[3] Les rédacteurs du projet de révision du code de procédure ont eu à cœur de faire disparaître toute obscurité sur le point que nous signalons. L'article 4 du projet, livre 1, titre 1, chap. 1, porte ce qui suit : " Les sociétés de commerce et les sociétés pour l'exploitation des mines seront désignées par leur raison sociale ou par l'objet de leur entreprise. L'exploit indiquera en outre le siége de leur établissement ". D'autre part l'art. 18 dispose : " Pour les sociétés de commerce et les sociétés d'exploitation de mines, la copie sera laissée au siége social; et, s'il n'y en a pas, à la personne ou au domicile de l'un des directeurs ou gérants. Dans les lieux où la société a une succursale, la copie pourra être laissée au préposé. "

Ainsi dans le système du projet, que la société ait un siége social ou qu'elle n'en ait pas, il suffit qu'elle soit désignée par sa raison sociale dans l'exploit d'assignation. Il ne faut pas en outre que l'exploit mentionne le nom de l'administrateur. Seulement, s'il existe une maison sociale, la copie sera laissée dans cette maison à toute personne qu'on y trouvera; s'il n'en existe pas, la copie sera laissée à l'un des directeurs, même hors de son domicile, ou bien à une personne quelconque dans ce domicile.

L'art. 21 du projet déclare prescrite à peine de nullité la disposition contenue dans l'art. 18. Cela est rationnel; mais ce qui le paraît moins, c'est de frapper de la même sanction l'inobservation de l'art. 4. Ainsi, si le demandeur a négligé d'indiquer dans son exploit le siége de l'établissement social, ou s'il a désigné la société en énumérant les noms de chacun des associés au lieu de la désigner par la raison sociale, l'assignation sera nulle. Quelle utilité peut-il y avoir à décréter une pareille peine ? On se le demande en vain. Ensuite, on comprendrait encore que le législateur fît défense aux associés d'introduire aucune demande en justice autrement que sous la firme sociale et en mentionnant la situation du domicile social. Une telle mesure aurait pour conséquence de forcer les parties à se conformer aux lois organiques de leur association. Mais ici il s'agit de tiers étrangers à la société; et leur étendre la même règle, c'est oublier que c'est dans leur intérêt qu'a été introduit le principe de la personnification de la société.

**146.** La cour de cassation de France, par arrêt du 21 novembre 1808 (Sirey, vol. 2, 1, 605), admet qu'une société de commerce est valablement assignée par un exploit qui la désigne sous le nom de son entreprise. Cette décision est fondée sur ce que l'indication du nom d'aucun des associés n'est exigée ni par l'art. 61, ni par l'art. 69 du code de procédure. Quant à l'art. 61, il peut fort bien être mis à l'actif de l'opinion contraire : il est applicable non-seulement lorsqu'il n'y a qu'un défendeur, mais aussi quand il y en a plusieurs. Ensuite l'art. 69 est étranger à notre question : il a pour objet, non de déterminer qui il faut assigner, mais d'indiquer le lieu où il faut remettre l'exploit. Le silence qu'il garde à l'endroit des associés ou du gérant, lorsque la société a une maison de commerce, ne peut donc être interprété en faveur de la thèse défendue par la cour suprême. Cette dernière peut cependant invoquer pour elle l'opinion de Favard, qui, dans son répertoire, v° *Ajournement*, dit : " Il n'est nécessaire de désigner un des associés qu'autant que la maison sociale ne peut l'être. " Mais pourquoi, dans ce cas, s'en tenir à un associé ? Pourquoi ne pas les citer tous ? Le silence de la loi rend le choix bien difficile.

**147.** Chauveau pense que les créanciers de la société n'ont pas seulement la faculté de diriger leur action contre la société personnifiée par le gérant; il croit de plus que cette procédure est obligatoire pour eux. On peut induire de ces paroles que, dans l'opinion de cet auteur, l'assignation serait nulle si elle était donnée contre les associés désignés individuellement. Chauveau adopte cette opinion malgré un arrêt

Du reste, ne suffit-il pas que la société soit clairement désignée ? Exiger que la raison sociale et que le siége social soient toujours mentionnés dans l'exploit, c'est faire preuve d'un formalisme exagéré et qui n'a rien de rationnel.

Enfin il peut se présenter différentes hypothèses dans lesquelles l'application de l'art. 21 ne sera pas exempte de difficultés. Il peut arriver qu'une société fonctionne sous une raison sociale, sans avoir rendu celle-ci officielle par les publications prescrites par les art. 42 et 43. Les tiers seront-ils alors encore tenus de désigner la société par cette raison sociale ? L'art. 21 ne distingue pas : il prononce la nullité dans tous les cas. Et cependant l'art. 42 c. com. déclare que les clauses d'un acte de société nul faute de publication, ne peuvent être opposées aux tiers.

de la cour de cassation de France du 25 février 1815 (Sirey, vol. 5, 1, 23). " Comme cet arrêt, dit Chauveau, fonde principalement sa solution sur ce que les associés avaient antérieurement figuré au procès d'une manière individuelle, il semble qu'en principe il regarde l'exception de l'art. 69 § 6 comme obligatoire et non facultative ". Et Chauveau ajoute : " Nous croyons qu'il faut adopter cette opinion, quoiqu'un autre arrêt du 27 germinal an XI (*J. Av.*, t. 13, p. 66) ait décidé qu'après avoir été actionnés en première instance sous la raison sociale, les associés peuvent être assignés individuellement sur l'appel ". [4]

Carré et Boitard admettent au contraire la validité d'une assignation désignant les noms de tous les associés. Mais comme alors, disent ces auteurs, on ne se trouve plus dans les termes de l'art. 69 § 6 qui déroge à l'art. 68, cette dernière disposition reprend son empire. D'après cela, l'exploit devrait être notifié au domicile de chacun des associés [5].

Nous partageons l'opinion de ces auteurs en ce qu'ils pensent que l'assignation ne serait pas nulle si elle mentionnait les noms de tous les associés. Mais nous hésitons à les suivre lorsqu'ils décident que la signification de l'exploit doit être faite dans ce cas à chaque associé dans son domicile. Cette exigence ne nous semble, en effet, pas d'accord avec l'esprit qui a dicté l'art. 69 § 6. Le rédacteur de cette disposition a évidemment voulu accorder une facilité aux tiers créanciers, en les dispensant de notifier l'exploit au domicile de tous les associés, dont les résidences peuvent être fort éloignées les unes des autres. De cette façon, il a permis aux intéressés d'économiser du temps et de l'argent. Or les tiers auraient-ils démérité de la faveur du législateur parce qu'au lieu de diriger l'assignation contre la société, et de n'y mentionner qu'un nom, celui de l'administrateur, ils ont assigné les associés et les ont désignés individuellement dans la citation? Nous ne le pensons pas. L'important pour eux et pour les associés, c'est que la société soit mise

[4] CHAUVEAU sur CARRÉ, n° 370 12°, note 4.

[5] CARRÉ, *question* 370 12°; BOITARD, t. 1, n° 285.

en cause. Or ni les uns ni les autres ne concevront à cet égard le moindre doute. Priver, dans l'espèce, les tiers du bénéfice de l'art. 69 § 6, c'est faire preuve d'un formalisme exagéré, qui n'a rien de raisonnable et qui dépasse évidemment le but que le législateur s'est proposé.

**148.** Supposons que le créancier social, au lieu d'intenter son action contre la société, devant le tribunal dans l'arrondissement duquel se trouve le siége de la société, assigne l'un des associés devant le juge de son domicile en payement de toute la créance; cette poursuite sera-t-elle nulle?

Pardessus (n° 1026) se prononce pour l'affirmative. D'après lui, les associés ne sont solidaires que pour les engagements de la société. On ne peut donc procéder contre chaque associé comme s'il s'agissait de le poursuivre en payement d'une dette contractée par lui pour son propre compte. "La qualité des associés, dit-il, dans ce cas, n'est pas précisément celle de simples codébiteurs; elle tient beaucoup plus du cautionnement, et s'il n'est pas exact de dire que le créancier est tenu de discuter la société avant de poursuivre les associés isolément, au moins est-il sûr qu'il ne peut agir contre eux que lorsqu'il a fait juger la vérité et la quotité de la dette contre la société "[6].

L'opinion de Pardessus ne nous paraît reposer sur aucun argument solide. Elle s'appuye uniquement sur la rédaction de l'art. 22 c. com., et encore elle fait dire à cet article autre chose que ce qu'il signifie réellement. La loi a seulement déclaré que les membres d'une société commerciale ne sont pas simplement tenus pour une part des engagements sociaux; ils en sont solidaires, c'est-à-dire qu'ils peuvent être poursuivis pour la totalité. Quant à la différence que Pardessus entend établir entre l'obligation des associés et celle de codébiteurs ordinaires, elle est imaginaire. Pardessus affirme que les associés, dans leur rapport avec la société, doivent plutôt être traités comme cautions. Mais où cela est-il écrit? On le chercherait en vain. Et même, en supposant exact le point de vue de Pardessus, on arrive encore au résultat que nous recommandons: car si les

[6] Conf. MALLEPEYRE et JOURDAIN, n° 541.

Id. Bruxelles, 20 Juin 1860, 301; cet arrêt reproduit *in terminis* la doctrine de Pardessus.

associés, sont cautions de la société, ils sont certainement cautions solidaires; or il est de principe que toute caution solidaire peut être poursuivie de la même manière que si elle était engagée principale (art. 2021 c. civ.) [7]. Le défendeur n'évitera donc une condamnation qu'en démontrant qu'il ne doit pas, et nullement en alléguant la disposition de l'art. 69 § 6 (suprà n° 145). L'associé assigné devant le juge de son domicile pourrait seulement demander, en vertu de l'art. 59 § 5, son renvoi devant le juge du lieu où la société est établie. Mais prononcer la nullité de la poursuite sous prétexte que c'est la société qui doit en qualité de débitrice principale, ce serait retourner contre les tiers un principe dont l'introduction a précisément eu pour but de protéger leurs intérêts. Certainement nous ne prétendons pas que " la vérité et la quotité de la dette " ne doivent pas être établies préalablement; mais cette opération peut aussi bien avoir lieu à l'égard d'un associé isolé, qu'à l'encontre de la société elle-même. Il résultera seulement de la poursuite, telle qu'elle est formée, que le jugement obtenu ne pourra être exécuté que sur les biens personnels du défendeur, et nullement sur les biens de la société, ni sur ceux des autres associés. Le jugement n'a pas, en effet, aux yeux de ces derniers, l'autorité de la chose jugée, puisqu'il n'a pas été rendu contre eux. Mais c'est là un désagrément dont le demandeur est seul appelé à mesurer l'étendue et qui ne peut donner naissance à une fin de non recevoir au profit du défendeur.

**149.** Lorsqu'il existe un jugement de condamnation rendu contre la société, tout associé a le droit d'en poursuivre, en son nom seul, la réformation, quand même le gérant contre qui il aurait été rendu s'abstiendrait d'agir. Et en effet, un jugement rendu contre la société est, par cela même, rendu contre chacun des associés; il est exécutoire directement et pour le tout sur leurs biens. Ils ont donc individuellement les mêmes droits que si leurs noms figuraient dans le dispositif. C'est ce qu'a décidé un arrêt de la cour de cassation de France du 30 ventôse an XI (Sirey, vol. 1, 1,778).

On objectera peut-être que l'appelant n'a pas qualité pour attaquer le jugement et que les règles de la procédure civile

[7] Conf. Bruxelles, 11 déc. 1850, P. 1852, 254, et 14 août 1841, 379.

l'autoriseraient tout au plus à former tierce opposition. Mais l'art. 474 c. pr. ne saurait être invoqué par un associé dans notre hypothèse. Cet article dispose, en effet : " Une partie peut former tierce opposition à un jugement qui préjudicie à ses droits et lors duquel ni elle ni ceux qu'elle représente n'ont été appelés ". Ainsi la voie de la tierce opposition n'est pas ouverte à ceux qui ont figuré personnellement dans l'instance ou qui y ont été représentés par l'une des parties en cause. Or tout associé se trouve dans l'un de ces cas : si l'on ne veut pas le considérer comme personnellement en cause dans le jugement condamnant la société, il faut du moins reconnaître qu'il y est représenté par le gérant. En définitive, il n'y a que deux partis à prendre : accorder aux associés le droit d'interjeter individuellement appel des décisions judiciaires rendues contre la société, ou leur refuser cette faculté. Quant au second membre de cette alternative, il nous semble difficile à admettre : car le jugement prononcé contre la société est immédiatement exécutoire sur le patrimoine de chaque associé; point n'est besoin d'un nouveau jugement déclarant que cet associé est enveloppé dans la condamnation. Il est donc bien évident que cette condamnation est directement prononcée contre lui, aussi directement que si son nom figurait dans le dispositif. Dès lors, comment serait-il possible de lui dénier le droit d'interjeter appel en ce qui le concerne?

### N° 3. *Droits de la société contre les tiers*

**150.** Lorsqu'un tiers s'oblige envers le gérant, il se forme un droit au profit de l'être collectif; la créance ne se divise pas entre les divers associés; elle est indivisible dans le sens de l'art. 1220 c. civ.; il n'y a ici, en effet, qu'un créancier, la société. Le débiteur ne peut se plaindre de ce qu'on lui oppose le principe de la personnification, car il s'y est soumis d'avance en contractant avec une société collective dont l'existence est régulière.

Le gérant désigné par l'extrait personnifie la société aux yeux des tiers. De là résulte qu'il a, seul, le droit de toucher ce qui est dû à la société. Le débiteur ne serait donc

pas libéré s'il avait payé à un associé privé de la gestion une partie quelconque de la créance commune. Le gérant n'en conserverait pas moins le droit d'exiger toute la somme. Si donc l'un des associés avait contracté une dette envers un débiteur de la société, celui-ci ne pourrait opposer la compensation de ce chef au gérant. Mais que décider si c'était le gérant lui-même qui se fût obligé à titre personnel envers un débiteur social ? Pardessus (n° 1014) admet que, le gérant ayant le droit de poursuivre tout recouvrement des sommes dues à la société, il peut au moyen d'une compensation conventionnelle éteindre la dette du débiteur. Pardessus ajoute : " On sent que cela n'a rien de contraire au principe que nous avons posé n° 975 que le créancier d'un associé ne peut forcer la société à la compensation de cette créance avec ce qu'il doit à la société, ce qui ne s'entend que de la compensation de plein droit ". Nous croyons cependant qu'il n'existe pas de différence entre les deux hypothèses. Quand un débiteur a compté à l'associé gérant ce qu'il doit à la société, il est libéré envers tous les associés, quoi qu'il arrive ensuite; il importe peu que le gérant, au lieu de verser la somme dans la caisse commune, la consacre à la satisfaction de ses propres besoins, ou l'emploie à faire des libéralités au ci-devant débiteur. Or tant que le gérant conserve le droit exclusif de toucher les créances communes, pourquoi le tiers ne serait-il pas libéré lorsque le gérant devient son débiteur pour une somme équivalente ? Le gérant n'a-t-il pas reçu de ce dernier une valeur égale à celle qui lui est due ? Il est vrai que la société n'en profite pas; mais nous venons de dire que cette circonstance est assez indifférente.

En définitive, le gérant est responsable vis-à-vis de ses mandants de l'exécution de son mandat. Il leur doit compte du produit de toutes les créances qu'il a perçues, ainsi que du montant de toutes celles qu'il a négligé de percevoir. Et au nombre de ces dernières il faut ranger celles qui se sont éteintes par suite de compensation conventionnelle ou non conventionnelle. Le gérant devra les bonifier à ses associés absolument comme s'il les avait effectivement touchées.

Telle est notre opinion, du moins lorsque le gérant con-

tinue à se trouver en possession du droit d'administrer, du droit de percevoir le remboursement des créances de la société. Il faudrait donc modifier cette solution dans le cas où il viendrait à être privé de la gestion, par décision judiciaire, pour abus dans son administration. Alors, en effet, le débiteur qui n'a pas fait un payement réel entre les mains de l'administrateur, avant la révocation de ce dernier, demeurerait obligé envers la société et pourrait être poursuivi en justice. La compensation en question constituerait évidemment de la part du gérant un abus de gestion s'il était insolvable, c'est-à-dire si sa fortune particulière ne le mettait pas en état de compter à la société le montant de la créance éteinte.

En résumé, les débiteurs sociaux devenus créanciers du gérant ne sont libérés que si celui-ci est solvable; et il n'y a, selon nous, aucune différence à établir entre le cas d'une compensation conventionnelle et celui d'une compensation de plein droit.

**151.** C'est sous la même condition qu'il faut refuser aux créanciers de la société la faculté d'inquiéter encore les débiteurs sociaux, créanciers du gérant : s'il est à même de répondre aux légitimes exigences des premiers, ces débiteurs ne peuvent être actionnés. Dans le cas contraire, ils peuvent être poursuivis, car le mandat du gérant est atteint dans l'espèce d'une cause d'annulation et, s'il est révoqué, il est vrai de dire que le ci-devant administrateur ne représentait pas la société et n'a pu l'obliger. Les créanciers peuvent donc dans ce cas exercer contre les débiteurs de la société les droits de cette dernière, parce que ces droits ne sont pas éteints.

### N° 4. *La société demanderesse*

**152.** Comment la société demanderesse est-elle représentée en justice ?

Si la fiction qui fait de la société un être distinct des associés est absolue et doit être suivie dans toutes les circonstances, il faut répondre, avec Chauveau, que l'assignation doit être donnée à la requête de la société figurée par la raison sociale et représentée par le gérant. Car l'art. 61-c. pr. exige

que le nom du demandeur figure dans l'exploit, et le créancier est ici l'être moral société; ce ne sont pas les associés considérés comme individus. Le défendeur ne pourra donc demander la nullité de l'exploit par la raison que ceux-ci n'y figurent pas. Ce qui lui importe, c'est que les condamnations qui interviendront à son profit, puissent être exécutées contre chacun d'eux, et tel sera l'effet d'un jugement obtenu contre la raison sociale. Ce sera à lui, lorsqu'il voudra donner suite au jugement, à s'informer contre qui il pourra agir individuellement. Quoi qu'il en soit de cette question, nous croyons que l'exploit ne serait entaché d'aucune nullité s'il mentionnait le nom de tous les associés, ainsi que le désirent Pigeau (*Comm.*, t. 1, p. 174) et Carré (*Question* 287, 2°). Cette manière de procéder aura même l'avantage d'éviter au défendeur le désagrément de faire des recherches au greffe du tribunal de commerce dans le but de découvrir les noms de ceux qui l'ont actionné.

**153.** Lorsque le gérant s'abstient de poursuivre un tiers débiteur de la société, un des associés peut-il former une demande contre celui-ci, et la procédure serait-elle nulle pour défaut de qualité chez le demandeur? Si l'on s'attache d'une manière absolue à la fiction légale qui considère la personne des associés comme complètement distincte de la société, il faut répondre affirmativement; car il est vrai de dire que le défendeur ne doit rien à celui qui l'actionne. D'un autre côté, en supposant que l'on puisse considérer le demandeur comme personnellement intéressé à ce que la demande soit intentée, encore faudrait-il reconnaître qu'il est créancier pour une quote-part seulement; d'aucune manière le débiteur ne pourrait donc être condamné envers lui pour le tout.

### N° 5. *Du droit qu'ont les associés de disposer de l'actif social*

**154.** Un associé ne peut aliéner sa part dans un objet commun; car cet objet ne lui appartient pas. Le contrat est radicalement nul; il ne confère pas même à l'acquéreur un droit conditionnel, pareil à celui qui lui appartiendrait si c'était une société civile (*suprà* n° 110). La raison en est que les

associés ne peuvent amoindrir l'actif social au détriment des créanciers de la société, ni indirectement en s'obligeant, ni directement par des actes de disposition. Mais s'il n'existe pas de créanciers, ou si les créanciers sont désintéressés indépendamment de toute saisie du bien aliéné, l'acte d'aliénation est valable. Car la fiction de l'art. 529 c. civ. et la nullité de tout acte de disposition du fonds commun ont pour but de sauvegarder les droits des créanciers de la société, et non de procurer un avantage aux associés. Pareillement l'hypothèque concédée par un associé sur un immeuble social, doit subsister après la dissolution de la société si elle ne porte pas atteinte aux droits des créanciers sociaux, et si l'immeuble grevé tombe au lot du concédant par l'effet du partage. L'associé n'aura donc pas le droit de demander la nullité de la vente dans le premier cas, la nullité de l'hypothèque dans le second, sous le prétexte qu'il n'était pas propriétaire.

**155.** Chaque associé peut disposer de son droit dans les bénéfices, tel qu'il est déterminé par la convention de société. S'il n'est pas lui-même en possession des choses qui produisent les bénéfices, son droit prend la forme d'une créance contre le gérant; et il faut décider, comme en matière de société civile, que le cessionnaire de cette créance peut s'en approprier l'objet, à l'égard des tiers, en signifiant le transport au débiteur cédé, c'est-à-dire au gérant. Alors celui-ci ne peut plus délivrer les bénéfices aliénés ni à l'associé cédant, ni aux créanciers de ce dernier, agissant en vertu de l'art. 1166 c. civ.

Cependant un arrêt de la cour de Liége du 16 juin 1860 (P. 1862.70) considère la cession comme absolument étrangère à la société. Le cessionnaire n'a pas d'action contre celle-ci à l'effet d'obtenir directement la délivrance des dividendes afférents à l'intérêt cédé ni la communication des bilans qui constatent l'importance des bénéfices réalisés. Le tribunal de Liége dont la cour s'est approprié les motifs, le décide ainsi par application de l'art. 1861 c. civ. La société, en effet, n'a aucun rapport avec le cessionnaire; il n'existe entre eux ni droits ni obligations. Le caractère tout personnel des relations sociales, qu'il faut respecter sous peine de voir

disparaître l'harmonie entre les associés, s'oppose à ce qu'un tiers intervienne d'une manière quelconque dans la société. C'est au cédant que le cessionnaire doit s'adresser, s'il veut obtenir la part des bénéfices convenue et la communication des comptes et des bilans.

Cette doctrine, nous l'avons déjà remarqué, exagère la portée de l'art. 1861. Cet article se borne à défendre aux associés d'introduire un étranger dans la société contre le gré de leurs coassociés, de manière à lui transporter l'exercice de quelqu'une des prérogatives, de quelqu'une des fonctions attachées à la qualité d'associé. Mais un associé peut transmettre la faculté de réclamer à sa place la part qui lui revient dans les fruits de l'exploitation commune, car c'est moins comme associé qu'à titre de créancier qu'il y prétend. Du reste la cour se trompe lorsqu'elle suppose que jamais des étrangers ne pourront s'adresser immédiatement à la société dans le but d'obtenir la part d'un associé dans les bénéfices et la communication des bilans. L'art. 1166. c. civ. permet, en effet, aux créanciers d'une personne d'exercer ses droits et actions. Or nous croyons qu'en présence d'une disposition aussi formelle, il est difficile de refuser aux créanciers d'un associé tout droit d'intervention personnelle. Ils pourront donc demander directement au gérant la délivrance des sommes représentant la part de leur débiteur dans les bénéfices; ces sommes constituent leur gage et seraient perdues pour eux si l'associé avait seul le pouvoir de les toucher. Et s'ils ont ce premier droit, il faut aussi leur reconnaître celui de vérifier dans les bilans originaux, dressés par l'administrateur lui-même, la quotité des sommes dues à leur débiteur. Il ne faut pas les laisser à la merci de ce dernier, qui pourrait leur exhiber des bilans falsifiés ou prétendre qu'il n'en a pas reçu.

Quant à l'exception admise par l'art. 1166 en faveur des droits attachés à la personne du débiteur, elle ne peut nous être opposée. La loi fait seulement allusion aux droits qui ne sont pas exclusivement pécuniaires ; ce sont ceux dont l'exercice met en mouvement l'un des sentiments du cœur humain. Telles sont les actions en désaveu, en séparation de corps, en révocation d'une donation pour ingratitude. Mais on ne saurait attribuer le même caractère au droit d'un associé dans

les bénéfices réalisés par une société civile ou par une société commerciale.

Il est donc bien établi que les créanciers personnels d'un associé en général peuvent exercer les droits dont s'occupe la cour de Liége. Or pourquoi refuserait-on de comprendre dans la règle celui auquel un associé a directement cédé sa part dans les bénéfices ? Ce cessionnaire n'est-il pas aussi un créancier de l'associé ? Et puis, son intervention dans les affaires de la société se produira-t-elle d'une autre façon, entraînera-t-elle plus de désagréments que l'intervention des premiers?

Pour tous ces motifs, nous pensons qu'il faut adopter le contrepied de la doctrine formulée dans l'arrêt de la cour de Liége.

### N° 6. *La société en liquidation*

**156.** La fiction légale qui fait de la société un être moral distinct des associés, s'évanouit-elle lors de la dissolution de la société ?

Examinons les textes. L'article 529 du code civil répute meubles les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, quand même des immeubles dépendraient de ces compagnies. Mais la même disposition ne considère ces actions ou intérêts comme meubles que pendant la durée de la société. D'un autre côté, l'art. 1865 détermine les cas dans lesquels la société finit, et il semble bien que l'instant précis de la fin de la société soit fixé par la date de chacun des événements que ce texte de loi énumère. Enfin l'art. 42 c. com. ordonne de publier par la voie du greffe du tribunal de commerce l'époque à laquelle la société commence et celle à laquelle elle prend fin; et, d'après l'art. 46, toute prorogation de société au delà du terme primitivement fixé doit recevoir la même publicité. Il paraît donc résulter de l'ensemble de ces dispositions que la dissolution de la société fait disparaître toute trace de la fiction qui attribuait l'avoir commun à un être distinct des associés, et déduisait de cette prémisse toutes les conséquences qu'elle comporte. Ainsi donc, les associés deviendraient, effectivement et dans toute

l'étendue de la réalité, propriétaires de l'avoir social mobilier et immobilier; il devraient ester en justice dans toutes les actions intéressant cet avoir, tant en demandant qu'en défendant; ils devraient personnellement procéder à toutes les mesures tendant à réaliser l'actif et à le convertir en deniers, à faire rentrer le produit des créances arriérées, à terminer les opérations commencées et non achevées; et si, parmi les intéressés, il se trouvait des mineurs ou des interdits, les biens immeubles ne pourraient être vendus, la masse sociale ne pourrait être partagée en dehors des formes destinées à protéger les intérêts des incapables.

**157.** Cependant on ne peut nier qu'un usage contraire ne se fût introduit dans la jurisprudence antérieure à la promulgation du code. On remettait ordinairement à une même personne le droit de faire en son nom tous les actes auxquels les associés réunis avaient seuls régulièrement pouvoir de procéder, à l'effet d'arriver à la liquidation de la masse sociale [1]. Pothier, il est vrai, passe cet usage sous silence. De son côté, Savary ne le mentionne pas; il feint même de l'ignorer. Ainsi, dans les formules de sociétés que ses écrits nous ont conservées, on voit le partage s'opérer sur la masse sociale non liquidée. Voici, en effet, ce qu'on lit dans son ouvrage *Le parfait négociant*, t. 2, p. 389 : " Arrivant le décès de l'un de nous pendant les dites quatre années, la présente société demeurera résolue six mois après à compter du jour du décès, afin que pendant le dit temps le survivant puisse liquider les affaires, et après le dit temps passé les marchandises, dettes actives, capital, profits et pertes seront partagés entre le survivant et nos femmes, enfants, héritiers et ayants cause. " Et ailleurs, p. 372: " Nous serons tenus chacun en droit soi pendant une année de faire toutes les poursuites nécessaires à frais communs des dettes actives qui seront échues en notre lot pour en compter ensemble et des frais si aucuns ont été faits. " Cependant l'usage dont nous parlons était bien réellement en vigueur. Frémery (p. 67, 68) prétend qu'il ne date que du dix-huitième siècle. Nous en trouvons pourtant un monument bien antérieur : Straccha qui écrivait en l'année 1669, dans la décision 7 de la rote de Gènes,

[1] TROPLONG, n° 1002; ALAUZET, n° 421.

nous rapporte une espèce où l'on voit une personne étrangère à la société, investie du pouvoir de poursuivre en justice et de recevoir en son propre et privé nom le payement de tout ce qui appartient à la société, et il ajoute: " Licet posset dici quod istud mandatum est factum post societatem, tamen durat effectus societatis donec fuerit exactum omne id quod pertinet ad societatem. " En outre, les rédacteurs du code avaient connaissance de cette pratique, puisque l'art. 64 du code de commerce suppose que la liquidation de la société peut être confiée à des étrangers aussi bien qu'à des associés. Enfin le tribunal et le conseil de commerce de Lyon, consultés sur le projet du code de commerce, proposèrent d'y ajouter un titre spécial relatif à la liquidation, et la disposition la plus remarquable de ce projet imposait au liquidateur l'obligation de donner caution, nonobstant stipulation contraire, dès qu'un associé offrait de se charger de la liquidation à ces conditions. S'il ne fut pas donné suite à ces vues, si la commission de révision les rejeta, ce fut par le motif que " si l'acte de société n'a pas déféré la liquidation à l'un des associés, elle n'appartient de droit à aucun en particulier; elle est la propriété de tous. "

En combinant ce qui précède avec l'art. 1873 c. civ. maintenant les lois et usages du commerce en vigueur, on acquerra la conviction que le législateur a transporté dans la législation moderne le principe introduit dans l'ancien droit, tel qu'il était entendu alors, en le soumettant toutefois à la restriction formulée par la commission de révision.

**158.** Le régime de la liquidation est institué dans l'intérêt des associés et nullement pour l'avantage des créanciers, car il a pour effet de faciliter le partage en dispensant les associés d'intervenir personnellement dans les opérations préliminaires. Les associés peuvent donc, s'il le préfèrent, liquider en commun, et alors les créanciers ne peuvent les contraindre à nommer un liquidateur. Du reste les créanciers ne sont pas intéressés dans la question : car si leurs débiteurs se trouvent en état de cessation de payement au moment de la dissolution, ils peuvent les faire déclarer en faillite. Dans cette situation, la gestion des biens sociaux est remise à des curateurs qui ont les mêmes pouvoirs que les liquidateurs. Si au contraire la société est solvable, les créanciers ne peuvent dessaisir les associés de l'administration

de l'actif social, qui en définitive appartient à ces derniers. Mais ils conservent contre la société dissoute les droits qu'ils avaient contre la société existante. La personne morale subsiste à leur égard dans tous les cas. C'est, en effet, dans leur intérêt que cette fiction a été imaginée; or son utilité se fait surtout sentir au moment où la société prend fin. Il leur importe alors, plus que jamais, de pouvoir assigner la personne morale au lieu des intéressés. Car les associés survivants peuvent avoir laissé des héritiers ou représentants en nombre plus ou moins considérable. Ils auront donc encore la faculté de poursuivre la société dans la personne de ses anciens administrateurs et devant le tribunal de son siége social [2]. Ils conservent aussi leur droit de préférence sur les biens de la société; et en général celle-ci doit être considérée comme conservant la propriété des biens sociaux tant que les créanciers ne sont pas payés [3].

**159.** Lors donc que les associés ont confié la liquidation de leurs affaires à un associé ou à un étranger, la société continue à subsister à leur égard, comme être moral, dans la mesure de ce qui est nécessaire pour atteindre le but qu'on se propose. Pour employer la formule usitée dans les circulaires des commerçants, on peut dire que la société ne se survit que pour sa liquidation [4]. Mais les associés peuvent aussi convenir que la liquidation sera faite en commun; ce point est hors de doute [5]. Et, dans ce cas, la fiction de l'être moral est bien définitivement éteinte en ce qui les concerne. Par application de ce principe, la cour de Gand a jugé que,

[2] Conf. Bruxelles, 29 fév. 1860. 144; Liége, 4 fév. 1842. 216; Cass. b. 11 avr. 1851, 398.

Le projet de révision du code de commerce, titre des sociétés dispose: " Art. 69. Les sociétés commerciales sont, après leur dissolution, réputées exister pour leur liquidation. Toutes les pièces émanées d'une société dissoute mentionnent qu'elle est en liquidation. "

Voici de quelle façon M. Bara, s'expliquant dans le cours de la discussion qui eut lieu à la chambre des représentants, interprétait cette disposition: " L'article existe non-seulement pour les associés mais pour les tiers. C'est même surtout pour les tiers qu'il existe, afin qu'ils puissent assigner la société." (*Annales parlementaires, Chambre des représentants*, année 1870, p. 515).

[3] Toulouse, 31 juillet 1820. Sirey, à la date de cet arrêt.

[4] Liége, 4 fév. 1842, 216; Bruxelles, 5 fév. 1845, P. 1848. 263; 22 fév. 1859, 79; 29 fév. 1860, 144.

[5] DALLOZ, v° *Société*, n° 998.

lorsqu'à la dissolution d'une société en nom collectif il n'a pas été nommé de liquidateur, il est permis à chaque associé de poursuivre pour sa part les débiteurs de la société; ces derniers ne peuvent exiger que le demandeur mette ses coassociés en cause [6].

**160.** Lorsque les associés ont désigné le liquidateur par une clause spéciale de leur contrat, il est rationnel de considérer cette personne comme investie de plein droit des pouvoirs nécessaires pour arriver à la liquidation de la société. Mais supposons qu'ils n'aient pas pris cette précaution: à qui revient alors le droit de nommer le liquidateur?

Si le contrat de société accorde à la majorité des associés le droit de statuer sur les questions intéressant le fonds commun et dont l'objet excède les limites d'une simple administration, nous croyons qu'elle pourra désigner le liquidateur, car cette nomination semble bien rentrer dans les termes de la convention [7]. Cependant on pourrait objecter avec assez de raison que le contrat n'investit le plus grand nombre des associés de cette autorité souveraine que pendant la durée de la société; il devient lettre morte après la dissolution.

Lorsque le contrat de société garde le silence sur le point dont nous parlons, la désignation du liquidateur doit être l'œuvre de tous les ci-devant associés. Cette proposition se fonde sur la déclaration du conseil de révision que nous avons rappelée plus haut: " Si l'acte de société n'a pas déféré la liquidation à l'un des associés, elle n'appartient à aucun en particulier; elle est la propriété de tous." Il faut donc que chacun renonce, en ce qui le concerne, à cette propriété, qu'il consente à la transférer à autrui, pour que la liquidation puisse être exercée par un des associés à l'exclusion des autres. Il faut, en d'autres termes, le consentement unanime de tous les intéressés. Il nous semble donc difficile d'admettre qu'on puisse contraindre les associés récalcitrants à se démettre de la qualité de liquidateurs de droit que la loi elle-même leur confère. Et c'est là cependant

[6] Gand, 1 mars 1839, 40.

[7] Bruxelles, 11 juin 1808, Sirey vol. 2, 2, 402.

ce que décident Mallepeyre et Jourdain, p. 323; Horson, *Questions*, p. 45; Troplong, n° 1028. D'après ces auteurs, les tribunaux ont le pouvoir d'imposer un liquidateur aux associés. Ces jurisconsultes sont animés en cela du désir de faciliter les opérations de la liquidation, d'en abréger la longueur. Mais n'est-ce pas la faute des associés, si ces opérations sont embarrassées, si elles sont longues et compliquées? Que ne désignaient-ils un liquidateur dans le contrat de société, alors que l'accord entre les parties était possible et facile? S'ils ne l'ont pas fait, ils ne peuvent demander aux tribunaux de réparer cet oubli, de combler cette lacune; ils doivent subir la situation qu'ils se sont créée eux-mêmes [8].

**161.** Il est incontestable que le liquidateur a tout au moins les pouvoirs d'un mandataire ordinaire. Ainsi il peut recevoir le remboursement de tout ce que les débiteurs de la société lui payent; et la quittance qu'il leur donne oblige tous les associés. Il peut aussi vendre toutes les choses destinées à être vendues et en général tout le mobilier; l'acquéreur sera, dans tous les cas, à l'abri de toute recherche s'il est de bonne foi. Il peut enfin acquitter les dettes de la société à l'aide des deniers existants ou provenant de la vente du mobilier.

Mais il y a des actes plus graves, que ne peut se permettre un administrateur du bien d'autrui. Ainsi un mandataire ne peut, en son propre nom, assigner les débiteurs de son mandant; encore moins peut-il actionner l'un de ceux dont il tient ses pouvoirs, en payement de ce qu'il doit aux autres; et, en général, il ne peut ester en justice en son propre nom,

[8] Le projet de révision du code de commerce dispose:

" Art. 70. S'il n'y est autrement pourvu par les contrats, le mode de liquidation est déterminé et les liquidateurs sont nommés par l'Assemblée générale des associés. Dans les sociétés en nom collectif et dans les sociétés en commandite, les décisions ne sont valablement prises que par l'assentiment de la moitié des associés possédant les trois quarts de l'avoir social; à défaut de cette majorité, il est statué par les tribunaux.

" Art. 71. A défaut de nomination de liquidateurs, les associés gérants dans les sociétés en nom collectif et dans les sociétés en commandite, et les administrateurs dans les sociétés anonymes seront, à l'égard des tiers, considérés comme liquidateurs. "

soit en demandant, soit en défendant, dans une instance qui ne le concerne pas. Dans tous ces cas, les intéressés doivent être en nom dans les qualités de la cause; car on ne plaide pas par procureur. Enfin un mandataire ne peut, sans un pouvoir exprès et spécial, aliéner les immeubles de celui dont il traite les affaires. Il faut également un pouvoir exprès pour transiger, compromettre, pour emprunter au nom d'autrui.

Tous ces principes sont certains, et cependant on se demande s'ils doivent être observés dans les rapports des membres d'une société dissoute avec le liquidateur désigné. Si l'on se laissait aller à la tentation d'appliquer les règles ordinaires, sans hésiter, on répondrait : Oui. Mais précisément les règles ordinaires, le droit commun n'ont ici aucune autorité; la loi laisse parler l'usage et il se fait que les solutions les plus divergentes sont proposées par la doctrine et la jurisprudence à l'égard de plusieurs des problèmes qui se posent devant nous. Le motif en est que la loi a négligé de délimiter, de définir le mandat du liquidateur [9]; la plus grande incertitude règne sur ce point dans la pensée du législateur; on manque de principe certain; car, en s'en remettant à une règle aussi variable que l'usage, la loi n'a pas posé un principe, elle a introduit la confusion dans tous les principes. Le seul indice qui puisse guider l'interprète, est bien léger en lui-même : c'est le nom même de *liquidateur*. Liquider une société, c'est achever les opérations commencées, faire tous les actes qui

[9] C'est un reproche qu'on ne peut adresser aux rédacteurs du projet de révision du code de commerce. Il porte ce qui suit :

" Art. 72. A défaut de disposition contraire dans les statuts ou dans l'acte de nomination, les liquidateurs peuvent intenter et soutenir toutes actions pour la société, recevoir tous payements, donner main levée avec ou sans quittance, réaliser toutes les valeurs mobilières de la société, endosser tous effets de commerce dont elle est porteur ou qui lui sont remis en payement, transiger ou compromettre sur toutes contestations. Ils peuvent aliéner les immeubles de la société par adjudication publique s'ils jugent la vente nécessaire pour payer les dettes sociales ou si le nombre des associés est de sept au plus.

" Art. 72$^{bis}$. Ils peuvent, mais seulement avec l'autorisation de l'assemblée générale des associés donnée conformément à l'art. 70, continuer, jusqu'à réalisation, l'industrie ou le commerce de la société, emprunter pour payer les dettes sociales, créer des effets de commerce, hypothéquer les biens de la société, les donner en gage, aliéner ses immeubles même de gré à gré et dans tous les cas, et faire apport de l'avoir social dans d'autres sociétés. "

tendent à préparer le partage, c'est-à-dire faire rentrer les créances, payer les dettes et réaliser l'actif dans les limites de ce qui est nécessaire pour se procurer les deniers indispensables à l'acquittement du passif, sans cependant aller au-delà. Voilà, si nous ne nous trompons, étant donnée la mission du liquidateur, la règle qu'on peut poser comme renfermant le principe de ses attributions.

**162.** Lorsque le liquidateur est institué par le contrat de société, il ne peut être entravé dans l'exercice de son mandat: sa nomination comme liquidateur constitue, en effet, une des conditions de ce contrat. Mais s'il a été désigné en dehors de l'acte social et lorsque déjà la société avait pris fin, il peut être révoqué quand tous ses coassociés sont d'accord sur ce point. Nous verrons s'il y a lieu de faire usage de cette observation dans la solution de nos diverses questions.

**163.** Le liquidateur peut-il, en son nom, ester en justice dans toutes les instances qui concernent la société dissoute? La doctrine adopte unanimement l'affirmative[10]. C'est là certainement une grave dérogation au principe: Nul ne plaide par procureur. Voici comment le tribunal de Tarascon la justifie: " Considérant que la maxime: Nul ne plaide par procureur, ne s'applique qu'au mandat conventionnel et nullement au mandat légal; que, dans l'espèce, le demandeur agit en qualité de liquidateur nommé par jugement; qu'il est hors de doute que le liquidateur d'une société commerciale a droit et qualité pour poursuivre toutes les actions de la société et que c'est au nom seul du liquidateur que les actions peuvent être formées; etc. "[11].

Il est à supposer que sous le nom de mandat légal, le tribunal de Tarascon comprend non-seulement celui du liquidateur nommé par jugement, mais encore celui du liquidateur choisi par les associés en dehors de toute intervention de la justice; il n'y aurait, en effet, aucune raison de distinguer[12].

[10] D[illegible]oz, v° *Société*, n° 1052.

[11] A[illegible] avril 1832. Dalloz, v° *Commerçant*, n° 260.

[12] Le [illegible]lateur représente la société dissoute, c'est-à-dire tous les associés; il a donc qua[illegible]our recevoir toutes les significations qu'on peut avoir intérêt à faire à ceux-[illegible] Ainsi la notification d'un jugement adressée à sa personne, fait courir les d[illegible]is d'opposition ou d'appel à l'égard de tous les associés. Conforme: Paris [illegible] fév. 1809. Sirey vol. 3, 2, 37; Paris, 12 déc. 1810. Sirey vol. 3, 2, 369; Rou[illegible] 12 avril 1845. D. P. 1850, 2. 3.

**164.** La désignation d'un liquidateur par les associés leur enlève-t-elle tout pouvoir d'intervenir eux-mêmes dans la liquidation ? Il est évident que la poursuite qu'ils intentent tous collectivement contre un débiteur de la société est valable; le liquidateur, en le supposant étranger à la société, n'a rien à y redire : car ses pouvoirs sont sujets à annulation et l'action des associés contient révocation, tout au moins quant à l'acte qu'ils posent. Le défendeur n'aurait non plus aucune bonne raison à alléguer pour refuser de payer entre les mains des demandeurs. Quant aux créanciers de la société, nous avons vu qu'ils sont sans droit pour intervenir.

Mais que décider quand un associé a reçu d'un débiteur sa part dans la créance ? Celui-ci est-il libéré pour cette part vis-à-vis du liquidateur et des autres associés ? Si l'on n'écoutait que les prescriptions du droit commun, il faudrait répondre affirmativement, car la dissolution rend chaque associé créancier pour sa part de tout ce qui est dû à l'ancienne société; le débiteur, en lui payant dans cette mesure, s'acquitte donc valablement, puisqu'il ne peut dépendre des associés de rendre de nouveau son obligation solidaire contre son gré (suprà n° 87). Mais ici l'autorité du droit commun est suspendue; la société se trouve prorogée, et cette prorogation est obligatoire pour les tiers : en effet, elle est autorisée par l'usage, et ici l'usage a force de loi. Du reste, quand on considère la question uniquement au point de vue des associés, on arrive à la même conclusion, car il est bien vrai que les associés peuvent révoquer le liquidateur, mais puisqu'il a été nommé ou qu'il a dû être nommé à la suite d'une décision unanime des associés, il faut également l'unanimité de leur part pour que son mandat lui soit enlevé. Un associé ne peut donc isolément l'en priver pour sa portion [13].

Le même raisonnement nous conduit à décider que la poursuite dirigée par un seul associé contre un débiteur commun est nulle; celui-ci n'est pas tenu d'y répondre; c'est au liquidateur que revient le droit de l'actionner.

**165.** Si le débiteur commun se trouvait être le liquidateur lui-même, si, par exemple, il avait par sa faute causé un préju-

[13] Cass. f. 27 juillet 1863. D. P. 63. 1. 460.

dice à l'intérêt commun, un associé isolé n'aurait pas le droit de le poursuivre en réparation de ce dommage. Car les associés ne peuvent agir à la place du liquidateur que si l'on peut considérer leur intervention personnelle comme une révocation tacite. Il faudrait donc que la poursuite fût intentée par eux tous, de même qu'il faudrait leur consentement à tous pour révoquer le liquidateur. Si donc, dans notre hypothèse, les autres associés ne voulaient pas ou ne pouvaient pas se joindre au demandeur, il n'y aurait pour lui qu'à provoquer la destitution judiciaire du liquidateur, et alors chaque associé rentrerait dans la possession de ses droits individuels.

Cependant un arrêt de la cour de cassation de France (27 déc. 1853. D. P. 54. 1. 145) admet individuellement les associés à exercer les droits de la société dissoute bien qu'un liquidateur ait été nommé; et, chose plus singulière, elle reconnaît à quelques-uns d'entre eux le droit de réclamer le payement entier de la somme due. " Attendu, dit la cour, qu'en décidant que quelques-uns des actionnaires d'une société en liquidation avaient pu, sans le concours des autres, poursuivre la réparation du dommage causé par les anciens gérants et demander le rapport à la masse des valeurs distraites ou dissipées, sauf néanmoins à ne prendre part à la distribution de ces valeurs que dans la mesure de leur titres respectifs, l'arrêt attaqué n'a contrevenu ni à la règle qui défend de plaider par procureur ni à aucune autre loi ". Nous ne savons comment concilier cette décision avec la logique et la raison. Si, sur la poursuite d'un associé, un débiteur commun peut être condamné à payer l'intégralité de ce qu'il doit, il est incontestable que cet associé, dans l'instance, représente autre chose que son intérêt individuel; il représente l'intérêt collectif; la règle, Nul ne plaide par procureur, a donc bien réellement été méconnue. D'un autre côté, les principes en matière de liquidation n'ont pas subi, dans l'arrêt en question, une atteinte moins grave; car s'il est vrai que la nomination d'un liquidateur empêche l'être moral de disparaître, il est certain aussi que le liquidateur seul a qualité pour représenter cet être moral en justice. De quel droit donc un simple associé pourrait-il agir, lui qui n'a aucun caractère officiel à cet effet ?

**166.** Le mandat de liquidateur finit avec la liquidation.

Par conséquent, à partir du partage, les associés rentrent dans la jouissance de leurs droits individuels. Si donc on avait omis de comprendre une créance commune dans le partage, les associés pourraient directement en demander le payement au débiteur, mais chacun pour sa part seulement. Et il n'y aurait plus à distinguer selon que la créance serait due par l'ancien liquidateur, l'ancien gérant, un associé ou un étranger.

**167.** Si le liquidateur a seul qualité pour recevoir le payement de ce qui est dû à la société, il est impossible d'approuver un arrêt de la cour de Bordeaux du 8 fév. 1840 (Dalloz, v° *Société*, n° 1047). Voici l'espèce. Un créancier d'un associé opère une saisie entre les mains d'un débiteur de la société dissoute. Le liquidateur demande la main-levée de l'opposition et allègue qu'elle ne pouvait être formée qu'entre ses mains. La cour la maintient cependant pour la part revenant à l'associé débiteur, par le motif que la dette saisie est un bien commun et forme dès lors le gage des créanciers des associés pour la part de chacun d'eux. Mais on peut répondre à cette doctrine que les créanciers des associés n'ont pas plus de droit que leurs débiteurs; et comme ceux-ci ne peuvent toucher directement une partie quelconque des créances communes, les premiers sont arrêtés par le même empêchement. Les associés n'ont droit qu'à leur part dans le reliquat que présentera le compte du liquidateur. C'est donc cette part seulement que leurs créanciers peuvent frapper d'opposition.

**168.** Voici maintenant une application qui peut paraître rigoureuse, du principe qui ressuscite la société. Lorsqu'un associé a contracté envers la société une obligation qui n'a pas encore reçu son exécution lors de la dissolution, il n'en est pas moins tenu de la remplir et le liquidateur peut l'y contraindre en justice. Ainsi voilà le liquidateur, mandataire d'un associé, qui s'arme de son mandat et le dirige contre celui-là même de qui il le tient en partie. Un arrêt de la cour de Douai du 17 juillet 1841 (Dalloz, v° *Société*, n° 1017) a été rendu en ce sens; un des motifs qu'il fait valoir, c'est que l'associé s'est obligé envers la société, non en cette qualité, mais comme tiers, comme étranger à la société.

**169.** L'associé a mandat d'acquitter les dettes communes; il peut consacrer à cet objet les deniers existants;

s'il n'en a pas suffisamment à sa disposition, il peut vendre le mobilier destiné à être aliéné et même les meubles qui n'ont pas ce caractère; ces actes sont, en effet, permis à celui qui est revêtu d'un mandat général d'administrer le bien d'autrui [14]. Mais peut-il vendre les immeubles sans le concours des associés, en son nom seul? Nous croyons qu'il le peut, si l'aliénation est le seul moyen de se procurer les fonds nécessaires à l'acquittement des dettes : car on peut dire que son mandat l'y autorise; il a, en effet, mission d'éteindre les créances passives en y consacrant les valeurs actives; or qui veut la fin veut les moyens; s'il n'y a pas de numéraire, il doit pouvoir battre monnaie en vendant les immeubles [15]. Mais nous ne pensons pas, comme plusieurs auteurs, qu'il ait un droit général et absolu d'aliéner les immeubles de la société et de les convertir en espèces; en agissant ainsi, il outrepasserait évidemment les bornes de son mandat, il serait sans pouvoirs, car, nous l'avons dit, la mission du liquidateur consiste à préparer les voies du partage et non à l'opérer. Et même, en supposant qu'il pût aller jusque là, est-il bien nécessaire à cet effet que tous les immeubles soient vendus? En principe, nous ne le pensons pas: car l'associé liquidateur, en procédant au partage, doit s'inspirer des règles prescrites en matière de partage de successions; ces règles, en effet, sont rendues applicables aux sociétés par l'art. 1872 c. civ., et l'art. 1873 les étend aux sociétés commerciales, lorsqu'elles ne sont pas contraires aux lois et usages du commerce. Or, en vertu de l'art. 832 c. civ., les biens à partager doivent être distribués en nature entre les divers copropriétaires; ce n'est donc que lorsque les immeubles de la société ne sont pas susceptibles d'être partagés en nature que le mandat du liquidateur l'autorise à les convertir en numéraire. Voilà ce qu'il faut, selon nous, décider quand le liquidateur n'a

[14] Cass. f. 19 nov. 1849. D. P. 1850. 1. 28; Rouen, 26 août 1845. D. P. 1850. 2. 3; Paris, 29 août 1849. D. P. 1850. 2. 4; Paris, 17 mars 1849. D. P. 1849. 2. 176; Caen, 5 mars 1850. D. P. 1. 168.

[15] Le liquidateur d'une société anonyme a le droit de vendre les immeubles sociaux quand les statuts portent qu'en cas de dissolution de la société, ils seront vendus publiquement au profit des actionnaires. Gand, 28 juillet 1855. P. 1858, 108.

reçu, à cet égard, aucun pouvoir exprès et spécial, car naturellement les associés sont les maîtres d'étendre son mandat. Mais alors ne faudrait-il pas suivre les règles ordinaires? La personne chargée de procéder à cette vente ne deviendrait-elle pas un mandataire ordinaire et ne serait-elle pas privée du droit d'agir en son propre nom? On pourrait le croire, car la convention dont il s'agit ne forme pas une dépendance obligée de la liquidation; la liquidation est possible sans cet acte [16].

**170.** Si l'on doit regarder comme juridique le système qui consiste à considérer la liquidation comme émanant de la société elle-même, il faut en conclure que si, parmi les associés, il se trouve des mineurs ou des interdits, on peut se dispenser d'observer, dans les diverses opérations de la liquidation et du partage, les formalités prescrites par la loi dans le but de protéger les intérêts de ces incapables. Ainsi la licitation des immeubles, le partage lui-même et, en général, la liquidation ne doivent pas avoir lieu dans les formes ordonnées par la loi du 12 juin 1816. Car on ne peut compter les incapables dont il s'agit au nombre des parties venderesses; la société vend seule. Cependant un arrêt de la cour de Rouen semble avoir décidé le contraire. Dans l'espèce, une clause du contrat de société permettait à chaque associé qui voudrait dissoudre et liquider la société avant le terme convenu, d'y mettre fin à la condition d'avertir ses coassociés. " Dans ce cas, était-il ajouté, les terrains, bâtiments, ainsi que les meubles et ustensiles seront licités entre nous en un seul et même lot". L'un des associés vient à mourir et les enfants mineurs qu'il délaisse prennent sa place dans la société, aux termes du contrat. Dans la suite, les autres associés notifient au tuteur de ces mineurs leur intention de dissoudre la société et demandent qu'on exécute la clause dont nous venons de parler. La cour de Rouen rejeta cette prétention comme inadmissible, à raison de ce que la stipulation invoquée était écrite en prévision du cas où tous les associés seraient majeurs et capables, non en vue de

[16] DELANGLE, n° 688, exprime, sans même la discuter, l'opinion que le liquidateur ne peut aliéner les immeubles de la société. TROPLONG, n° 1017, et BÉDARRIDE, n° 497, lui accordent au contraire ce pouvoir sans aucune restriction.

l'hypothèse présente. En conséquence, elle ordonna que la licitation aurait lieu d'après les règles ordinaires [17]. Cette décision est certainement inspirée par un désir fort louable, celui d'accorder aux intérêts des mineurs toute la protection dont la loi les a jugés dignes; mais il est permis de se demander si elle cadre bien avec la doctrine qui fait survivre la société à sa dissolution.

**171.** Le liquidateur peut-il défendre à une action en expropriation relative à l'un des immeubles de la société dissoute? La cour de cassation de France a décidé cette question dans le sens de la négative; l'ancien gérant, selon elle, a seul qualité pour représenter la société dans une telle poursuite. " Considérant, dit-elle, que Meyer était associé gérant de la société Meyer et comp., et comme tel propriétaire de l'immeuble dont l'expropriation était poursuivie; — que la dissolution de la société, même prononcée régulièrement, n'a pu avoir pour effet de lui enlever cette qualité de propriétaire; que, dès lors, c'était contre lui seul que les poursuites en expropriation pouvaient être dirigées, que la nomination du liquidateur n'a pas eu le caractère d'un acte translatif de propriété; qu'elle a seulement donné aux liquidateurs nommés le droit de gérer les intérêts de la société comme mandataires de l'ancien gérant, etc. [18] "

Nous ne demanderions pas mieux que de nous rallier à cette jurisprudence: car il nous semble exorbitant qu'un mandataire qui n'est pas propriétaire, puisse, en son nom et en dehors de toute disposition de loi qui l'y autorise, défendre à une action relative à un immeuble qui appartient à autrui. Mais, étant donnée la mission du liquidateur, telle qu'elle est définie par l'usage et par la jurisprudence, étant donnée la situation nouvelle créée aux associés par la dissolution de la société, il nous est difficile d'approuver la décision rendue par la cour suprême. Elle pose en principe que le liquidateur ne peut défendre à l'action dont il s'agit, parce qu'il n'est pas propriétaire, parce qu'il ne peut aliéner. Mais a-t-elle bien songé aux conséquences contenues dans cette

[17] Rouen, 26 juin 1806. DALLOZ, v° *Société*, n° 791.

[18] Ch. req., 12 mai 1852. D. P. 1852. 1. 273.

prémisse? Si le liquidateur ne peut intervenir en son nom dans la poursuite en question, l'institution du liquidateur, telle que la comprennent la doctrine et la jurisprudence, n'est-elle pas ruinée du coup? Pourquoi, en effet, lui permettrait-on de défendre à toute autre action même mobilière, concernant l'ancienne société, pourquoi pourrait-il intenter, en son nom, pareille action? Est-il davantage propriétaire de l'objet du litige? Nullement; et même il n'aurait pas le droit d'aliéner les objets mobiliers qui, d'après la convention sociale, n'étaient pas destinés à être vendus. En un mot, l'arrêt de la cour va à l'encontre de toutes les idées reçues sur la matière. Mais il pèche par un autre côté encore. C'est au gérant, dit-il, à défendre à l'action introduite, car il est propriétaire; ensuite il est tenu comme ancien administrateur et nul ne peut se soustraire à l'exécution de ses engagements. Eh bien, nous osons le dire, ce point de vue est complètement faux. L'idée de voir les vrais propriétaires défendre à l'action nous séduirait fort; mais ce n'est pas dans la personne du gérant que nous les découvrons. Et, en effet, ce n'est plus la société qui est propriétaire, la société est dissoute; l'actif social appartient maintenant à tous les associés. Ce sont donc eux qui devraient intervenir personnellement dans la poursuite intentée. Or si l'on décide que l'action en expropriation doit être dirigée contre l'ancien gérant, on arrive tout au plus à faire figurer l'un des copropriétaires dans l'instance. On tombe en outre dans une contradiction manifeste: on déclare la société dissoute et l'on raisonne cependant comme si elle subsistait encore, car on la fait représenter par l'ancien gérant, c'est-à-dire par une personne sans titre ni qualité. Et qu'on y songe bien, le principe posé par la cour de cassation, s'il était exact, ne s'arrêterait pas à la société collective, ni même à la société en commandite simple: il embrasserait la société en commandite par actions et les sociétés anonymes. Une fois la société dissoute, la propriété des immeubles passe immédiatement sur la tête des associés: l'art. 529 c. civ. l'atteste. Si donc le liquidateur désigné ne peut défendre à aucune action immobilière intéressant la société défunte, parce qu'il n'est pas propriétaire, il faudra que tous les actionnaires

interviennent dans l'instance, personnellement, nominativement, quelque nombreux, quelque inconnus qu'ils soient. Nous en dirons autant de l'aliénation d'un immeuble social. Voit-on les difficultés inextricables et sans nombre que fait naître le système de la cour de cassation?

En résumé, admettre ce système, c'est d'abord rendre toute liquidation impossible; c'est ensuite, dans la plupart des cas, arrêter l'exercice des actions immobilières et les aliénations d'immeubles.

**172.** Du reste, à en croire la cour de cassation de Belgique et la cour d'appel de Gand, la question soulevée par la cour suprême de France est assez oiseuse : il importe fort peu, d'après ces cours, que l'on ait assigné le liquidateur ou l'ancien gérant. " La loi n'a pas requis d'assigner tel ou tel représentant d'une société anonyme, mais s'est bornée à ordonner l'assignation à la personne morale de la société sous la simple désignation de la firme sociale " [19]. L'assignation serait donc valable dans tous les cas. Il est vrai que l'arrêt de la cour de Gand dont nous citons un extrait, ne statue qu'à l'égard d'une société anonyme. Mais si la doctrine de la cour est exacte en ce qui concerne cette forme de société, elle doit pouvoir s'étendre aux sociétés collectives : car elles constituent aussi des personnes morales, et l'art. 69 6° est général et ne distingue pas.

**173.** Le liquidateur ne peut, son nom seul l'indique, se livrer à aucun acte qui, loin de réduire la société en une masse liquide et active, aurait pour résultat d'augmenter son passif. Ainsi il ne peut emprunter, encore moins hypothéquer les immeubles pour sûreté d'un emprunt. Ces actes n'obligeraient que lui-même, ils seraient nuls quant aux associés, comme émanant d'une personne sans pouvoir pour les consentir. Il importerait fort peu qu'un emprunt pût être considéré comme le moyen le plus simple, le moins onéreux d'acquitter les dettes communes, plus simple et moins onéreux que la vente du mobilier, des immeubles. L'aliénation du mobilier, des immeubles est déjà un acte qui dépasse considérablement les pouvoirs ordinaires d'un administrateur; si nous recon-

[19] Gand, 26 nov. 1852. P. 1855. 274. Conf. Cass. b. 11 avril 1851. 398.

naissons au liquidateur le droit d'y procéder, c'est qu'en définitive on peut croire que celui qui a mission de consacrer les biens à éteindre les dettes, doit pouvoir y employer tout l'actif quel qu'il soit; mais pour emprunter, pour hypothéquer, il faudrait plus qu'un mandat tacite, il faudrait un pouvoir exprès et formel. Si la masse sociale ne contient pas assez de numéraire, c'est aux associés eux-mêmes d'aviser aux moyens de s'en procurer [20].

Pour des raisons analogues, le liquidateur, simple mandataire, ne peut faire aucune opération nouvelle du genre de celles qui formaient l'objet de la société dissoute. Il ne pourrait, par exemple, endosser aucun des effets de commerce, aucune des lettres de change non échues qu'il trouverait dans le portefeuille de la société; il peut moins encore créer des effets de cette espèce; car, dans tous ces cas, il contracte des obligations nouvelles, soit comme endosseur, soit comme tireur. Cependant Delangle soutient avec force (n° 690), contre Horson et Frémery, que le liquidateur peut négocier les effets de la société. Il a ce droit parce qu'il a mission de réaliser tout l'actif. Or, dit Delangle, " quel autre moyen de réaliser les effets non échus que de les négocier? " [21]

Le liquidateur, n'étant pas propriétaire, ne peut pas transiger ni compromettre (art. 1003 c. pr.; art. 1989 c. civ.) [22].

**174.** La désignation d'un liquidateur est une affaire toute personnelle aux associés; elle n'a pas lieu en vue de l'utilité des créanciers de la société; elle ne peut non plus leur nuire. En conséquence, ceux-ci conservent néanmoins le droit de poursuivre les associés, leurs débiteurs, conformément à l'art. 22 du code de commerce. Cependant la cour de Douai leur dénie la faculté de les traduire devant le tribunal de leur domicile, " étant de règle certaine en droit, consacrée par l'art. 59 cod. procéd. civ., qu'en matière de société, tant qu'elle existe, l'ajournement doit avoir lieu devant le juge du lieu où elle est

[20] Cass. f. 3 août 1819. DALLOZ, v° *Société*, n° 1032; 2 juin 1836. Sirey 1836. 1. 673.

[21] Plusieurs arrêts donnent raison au système de DELANGLE : Rouen, 12 avril 1845. D. P. 50. 2. 2; 26 août 1845. D. P. 50. 2. 3; Paris, 29 août 1840. D. P. 50. 2. 4.

[22] Cass. f. 15 janvier 1812. Sirey, vol. 4. 1. 7.

établie; considérant, à l'appui de cette règle, que l'extinction d'une société n'a lieu qu'après son entière liquidation, etc." [22].

### N° 7. *La société en faillite*

**175.** Une société peut être déclarée en faillite comme tout autre commerçant. L'art. 440 de la loi du 18 avril 1851 en est la preuve. L'aveu de la cessation des payements de la société doit être fait au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel se trouve le siége de son principal établissement.

Quand la faillite d'une société peut-elle être prononcée par la juridiction consulaire?

D'après Renouard (*Traité sur les faillites*, t. 2, p. 133), elle ne pourrait l'être que " s'il était constant que le passif est supérieur, non-seulement à la part des biens qui, d'après les conventions des associés et dans leurs comptes entre eux, composent l'actif social, mais encore à cette portion de biens augmentée de tous les biens personnels de chacun des associés; car, au regard des tiers, l'actif social comprend les uns et les autres ".

Ainsi donc, d'après cet auteur, la société ne pourrait être déclarée en faillite que si elle et les associés étaient insolvables. Mais cette opinion est contraire d'abord au texte de la loi qui fait dépendre la faillite d'un commerçant, non de son insolvabilité, mais de la cessation de ses payements. Elle est ensuite contraire au sentiment général des auteurs [1] et à la jurisprudence. Un arrêt de la cour de Bruxelles, du 7 janvier 1837 [2], dit: " Un débiteur, quelque solvable qu'on veuille le supposer, pourrait à juste titre être constitué en état de faillite s'il cessait de remplir ses engagements de commerce, quoique en définitive il se trouverait que son avoir dépassât de beaucoup l'import de ses dettes ". La loi s'est donc attachée uniquement à la question de savoir si tel débiteur paye ou non ses dettes, et nullement à celle de savoir si son actif est

[22] Douai, 18 juillet 1833. Sirey, 1833. 2. 565.

[1] V. Dalloz, v° *Faillite*, n° 73.

[2] Dalloz, v° *Faillite*, n° 153.

supérieur à son passif. Et c'est à très-juste titre : car l'appréciation du rapport exact et même du rapport approximatif existant entre le passif et l'actif d'une personne, est presque toujours impossible à saisir; et, dans tous les cas, la constatation de ce point exige des opérations longues et compliquées dont la rapidité des transactions commerciales ne saurait s'accomoder. Nous disons que cette constatation est impossible; et, en effet, qui dira la valeur de tel ensemble de biens meubles et immeubles? Aucun objet n'a une valeur absolue; sa valeur dépend d'une foule de circonstances; il peut avoir un grand prix quand le commerce est prospère ; il est totalement déprécié dans les temps de crise. Vendu dans de bonnes conditions, un immeuble atteindra un chiffre élevé; vendu à une époque de gêne, de malaise général, alors que les acheteurs sont rares, que les vendeurs sont nombreux, il ne produira qu'une faible somme. Voilà pourquoi la loi ne s'attache pas à l'insolvabilité du débiteur, question douteuse, mais à un fait facile à vérifier, à la cessation de ses payements. Or, la loi n'ayant rien innové à l'égard des sociétés, ce principe subsiste à leur égard. Il suffit donc que la société n'acquitte pas ses obligations, pour qu'on puisse la faire déclarer en faillite. Il importe peu que le patrimoine des associés soit amplement en état de couvrir les dettes sociales, car les créanciers n'ont pas à s'adresser à eux.

**176.** La faillite de la société entraîne celle des associés. Cependant cette question est controversée. D'après Pardessus (n° 976), ces deux faillites seraient indépendantes l'une de l'autre. Il n'y aurait lieu de déclarer les associés personnellement en faillite que s'ils n'acquittaient pas ou ne faisaient pas offre d'acquitter les dettes que la convention les oblige de solder. Mallepeyre et Jourdain partagent la même opinion [3].

Le système de Pardessus est une application de la fiction légale qui fait de la société un être distinct, un débiteur

[3] Un arrêt de la cour de Paris du 26 mars 1840 consacre le système de PARDESSUS. Une personne faisant partie d'une société en faillite, avait également, sur la demande de ses créanciers, été déclarée en faillite. Sur l'appel, elle soutint que ses créanciers n'avaient exercé aucune poursuite antérieure qui pût témoigner qu'à leur égard, elle fût en état de cessation de payements. Et ce système triompha devant la cour. DALLOZ, v° *Faillite*, n° 81.

différent de la personne des associés; mais il en est, selon nous, une application abusive. Car cette fiction signifie seulement que les créanciers sociaux ont une action privilégiée sur certaine partie du patrimoine des associés. Elle ne signifie pas que ceux-ci cessent d'être leurs débiteurs personnels, tenus comme tels d'une façon indéfinie et illimitée sur tous leurs autres biens. Lors donc que la société doit, ce sont les associés qui doivent, mais qui doivent comme à un créancier privilégié, de façon que leurs biens mis en société sont affectés spécialement à l'acquit de la dette. Lorsque la société ne paye pas, ce sont bien encore ces associés eux-mêmes dont l'obligation reste en souffrance. Entendre la fiction légale d'une autre manière, c'est tourner contre certains créanciers des associés un principe introduit en leur faveur.

Il suit de là que le jugement du tribunal de commerce qui déclare la faillite de la société, déclare du même coup celle des associés. Certainement les noms des associés ne sont pas mentionnés dans le jugement; mais leurs personnes se confondent avec la société au point qu'il faut considérer le jugement comme prononcé directement contre elles. Ce sont les associés qui sont mis en cause de la manière la plus formelle. Leur fortune tout entière est donc soumise au régime de la faillite, non-seulement ceux de leurs biens qu'ils ont mis en société, mais encore ceux qu'ils n'y ont pas apportés.

**177.** La loi ne laisse, à cet égard, aucune espèce de doute. L'art. 440 de la loi du 18 avril 1851 prescrit, en effet, de mentionner, dans l'aveu de cessation des payements, le nom et le domicile de chaque associé solidaire. Or cette indication serait bien inutile si ces associés ne se trouvaient pas atteints par la déclaration de faillite. Un arrêt de la cour d'Orléans du 27 nov. 1850 (D. P. 1851. 2. 57) rencontre, il est vrai, cet argument. Il dit que la loi, dans l'art. 440, a voulu seulement faire connaître aux intéressés quels sont les associés. Mais alors cette disposition ferait double emploi en présence de l'art. 42 du code de commerce, tout au moins quand les parties s'y sont conformées: car cet article a précisément pour objet de les désigner au public. L'argument de la cour d'Orléans n'aurait donc de fondement apparent que si elle arrivait à prouver que la pensée du législateur, lorsqu'il écri-

vait l'art. 440, s'est uniquement portée sur l'hypothèse d'associés ayant omis de remplir la formalité de l'art. 42 c. com.. Or cette démonstration nous semble difficile.

L'art. 470 nous fournit un nouvel argument en faveur de notre thèse. Il ordonne d'apposer les scellés, non-seulement dans le siége principal de la société, mais encore dans le domicile de chacun des associés solidaires. Il en résulte bien que la loi considère la fortune particulière de ceux-ci comme enveloppée dans la faillite de la société, comme soumise au même régime. Cependant la cour d'Orléans ne voit, dans la prescription de l'art. 470, qu'une précaution tendant à " empêcher le divertissement des valeurs sociales et de celles qui doivent servir de gage aux créanciers. " Mais on admettra difficilement que la loi ait voulu frapper chaque associé d'une mesure aussi rigoureuse que l'apposition des scellés, uniquement en prévision du cas où sa demeure renfermerait quelques objets appartenant à la société.

Enfin l'art. 530 constitue une preuve décisive de l'exactitude de ce que nous avançons. Lorsque les créanciers sociaux auront conclu un concordat spécial avec l'un des associés, ses biens personnels seront exclus du régime de la faillite; c'est bien dire qu'auparavant ils y étaient soumis; il n'y a pas moyen d'échapper à cette déduction. La cour d'Orléans n'est cependant pas convaincue. " La loi, dit-elle, ne statue que pour les cas les plus ordinaires, ceux où il ne se présente que des créanciers sociaux, et une exception doit naturellement être apportée à cette règle alors qu'il existe une double faillite, ou que des réclamations ont été élevées par des créanciers personnels; car, autrement, on porterait une atteinte grave à ce principe que l'avoir propre de chaque associé n'appartient pas à la faillite de la société, mais est bien le gage de tous ses créanciers, sans aucune distinction, personnels ou sociaux, chacun en proportion de leurs droits ". Nous ne voyons pas en quoi le système contre lequel la cour d'Orléans s'élève, compromet les droits des créanciers personnels des associés. L'associé est déclaré en faillite; tous ses biens, quels qu'ils soient, sont soumis au régime des faillites. Mais ses créanciers personnels n'en conservent pas moins le droit de concourir avec les créanciers sociaux sur la partie de son avoir qui n'est pas mise en société.

**178.** Notre opinion est consacrée par deux arrêts de la cour de cassation de France, l'un du 10 nov. 1845 (D. P. 45. 1. 417), l'autre du 17 avril 1861 (D. P. 1861. 1. 254). On lit dans ce dernier: " L'associé en nom collectif, directement et solidairement tenu de tous les engagements de la société, est personnellement en état de faillite dès l'instant où il laisse en souffrance les dettes sociales qui sont les siennes. " Dans l'espèce, un associé, faisant un commerce distinct de celui de la société, avait remis à son créancier personnel, et sur ses biens propres, des valeurs considérables, à une époque où la société était déjà dans un état de gêne notoire et avait suspendu le cours de ses payements. Les circonstances de la cause prouvaient de plus que le créancier s'était fait délivrer ces effets dans le but précisément de se mettre à l'abri de la débâcle sociale qui était imminente. La cour, considérant donc l'associé comme étant à ce moment déjà en état de faillite, annula les payements qu'il avait faits à son créancier personnel.

Voici une autre espèce dans laquelle les mêmes principes se trouvent appliqués. Un jugement du tribunal de Caen avait prononcé la faillite de la société Frillay et comp.. Plus tard, par un jugement distinct, elle rendit la faillite prononcée contre cette société applicable à Colleville comme associé en nom collectif de Frillay. Sur le pourvoi, la cour de cassation de France eut à examiner le bien jugé de cette dernière décision. Entre autres motifs donnés à l'appui du pourvoi, il fut dit que le tribunal de Caen avait commis un excès de pouvoir en ce que la faillite personnelle de l'associé en nom collectif avait été déclarée par voie d'addition au jugement déclaratif de la faillite de la société. La cour de cassation, par arrêt du 23 août 1853, réfuta cette objection en ces termes: " Attendu qu'en décidant que Colleville devait être considéré comme nominativement compris dans la déclaration de faillite de la société Frillay et comp., prononcée par le jugement du 10 mars 1847, l'arrêt attaqué, loin de modifier en rien la disposition du dit jugement, ou d'y ajouter aucune disposition nouvelle, n'a fait qu'expliquer et développer la disposition qu'il contenait en réalité, mais que l'insuffisance de ses termes pouvait rendre obscure et en apparence incomplète " [4].

[4] D. P. 55. 1. 59.
Conf. Douai, 9 avril 1825. Sirey, vol. 8. 2. 26.

179. Un seul jugement suffit donc pour constituer à la fois la société et les associés en faillite, et pour soumettre tous leurs biens au régime de la faillite. Mais de là ne résulte pas que les biens de la société et ceux des associés puissent être compris dans une seule masse, administrée par un seul curateur sous la surveillance de la même assemblée de créanciers. Et en effet, les créanciers qui n'ont pas traité avec la société, n'ont aucun droit aux biens de la société. Il est donc rationnel que ces biens soient séparés des autres. Il devra donc être formé deux masses. La première comprendra les biens qui n'ont pas été apportés en société, cette masse sera le gage de tous les créanciers indistinctement, tant personnels que sociaux, et elle sera administrée par des curateurs spéciaux. La seconde masse sera formée exclusivement des biens de la société, auxquels ne pourront prétendre que les créanciers de cette dernière; et elle aura également ses curateurs. La première administration aura son siége au domicile de chaque associé; la seconde aura le sien au domicile de la société.

180. Chacune des assemblées de créanciers dont nous venons de parler a le droit de prendre, indépendamment de l'autre, toutes les résolutions qui peuvent favoriser ou garantir ses intérêts. Ainsi, l'assemblée des créanciers sociaux peut conclure un concordat spécial avec l'un des associés, à la majorité en nombre et en sommes fixée par l'art. 512; alors cet associé est déchargé de la solidarité et ses biens personnels sont soustraits au régime de la faillite, conformément à l'art. 530. Mais cette convention ne peut évidemment pas être opposée aux créanciers personnels, qui n'en conservent pas moins leurs droits intacts sur le patrimoine personnel de leur débiteur. Ceux-ci ne seront donc liés que par un concordat émanant de l'assemblée générale des créanciers, comprenant tant les créanciers personnels que les créanciers sociaux. Et encore faudrait-il que le concordat en question répondît aux conditions exigées par l'art. 512. En conséquence, il pourra arriver que les créanciers personnels d'un associé soient liés par le concordat consenti par les créanciers sociaux, bien qu'ils n'aient pas été appelés à le voter. Supposons, en effet, que les créanciers sociaux soient au moins aussi nombreux que les créanciers personnels, que leurs créances réunies aient trois

fois l'importance de celles de ces derniers et qu'ils aient tous adhéré au concordat. Les créanciers personnels seront certainement alors relégués dans la minorité déterminée par l'art. 712, et leur acquiescement ne sera pas requis, puisque leur opposition ne pourrait invalider l'arrangement conclu en dehors de leur participation.

Mais, à part ce cas particulier, le concordat consenti par les créanciers sociaux n'est pas obligatoire pour les créanciers des associés [5].

**181.** Renouard (t. 2, p. 140) exige deux conditions pour la validité du concordat partiel accordé à l'un des associés par les créanciers de la société. Selon lui, il faut d'abord le consentement de la majorité en nombre et des trois quarts en sommes des créanciers sociaux. " Il faut en outre que les créanciers de la société réunis aux créanciers personnels de l'associé, car c'est de ces deux éléments que la masse des créanciers se compose, consentent au concordat à la double majorité exigée par la loi. "

Nous ne voyons pas en quoi cette seconde condition serait nécessaire. D'abord elle ne résulte pas de la loi; celle-ci suppose au contraire que le concordat spécial consenti par les créanciers de la société constitue une affaire particulière à traiter entre ces derniers et l'associé débiteur. Elle ne résulte pas davantage des principes en matière de société. En effet, les créanciers personnels de l'associé débiteur n'ont pas le pouvoir d'annuler ni même d'amoindrir l'effet de ce concordat, dès le moment qu'il n'accorde par aux créanciers de la société, sur les biens réservés, un droit supérieur à celui qu'ils peuvent exercer en vertu des règles ordinaires. Ainsi nous avons vu que les créanciers sociaux peuvent concourir au marc le franc avec les créanciers de l'associé sur cette partie de son patrimoine. Ils ont, de cette façon, droit à un dividende facile à déterminer. Eh bien, si le bénéfice du concordat consenti par les créanciers sociaux seuls ne dépasse pas les limites de ce dividende, au nom de quel principe les créanciers personnels seraient-ils appelés à consentir? En définitive, leurs droits sont saufs et c'est tout ce qu'ils peuvent exiger. Il en serait

[5] Cass. f. 10 nov. 1845. D. P. 45. 1. 417.

autrement si le concordat promettait aux créanciers sociaux une somme supérieure au dividende dont nous parlons. Alors cette convention ne pourrait produire d'effet sans l'assentiment des créanciers personnels; et c'est en ce sens qu'un arrêt (note 5) a décidé qu'elle ne peut leur être opposée.

182. Par ce qui précède, on voit qu'il y a lieu d'établir des distinctions, quand il s'agit d'exécuter le jugement qui prononce la faillite des associés sous le nom de la société. Sous tout autre rapport, l'indivisibilité de cette sentence est absolue et générale. Ainsi le sauf-conduit délivré à un associé par le tribunal de commerce qui a déclaré la faillite de la société, dans les pays dont la législation maintient la contrainte par corps, met obstacle à l'arrestation de cet associé, quand même un créancier personnel voudrait procéder à son incarcération. Une ordonnance de référé du tribunal de la Seine l'avait reconnu. Mais la cour de Paris, le 15 janvier 1859, annula cette décision par le motif que celui qui demandait l'incarcération de l'associé, était son débiteur personnel; or le premier n'avait pas été déclaré personnellement en faillite et ne pouvait se prévaloir d'un sauf-conduit qu'il n'avait obtenu qu'en qualité de gérant de la société, seule déclarée en faillite [6]. Nous n'approuvons pas plus cette doctrine que l'application que la cour en a faite au cas particulier dont elle avait à connaître.

## § 2. DE LA SOCIÉTÉ NULLE POUR INOBSERVATION DES FORMES LÉGALES

183. La société en nom collectif est nulle lorsque le contrat n'a pas été publié de la manière prescrite par les art. 42 et 43 c. com.

### *N°* 1. *Rapports des associés entre eux*

184. En ce qui concerne les relations des associés entre eux, la société non publiée est nulle; chaque associé peut donc en demander la nullité contre ses coassociés. Cela paraît

[6] D. P. 1859. 2. 114.

contraire aux principes, puisque la publicité prescrite par les art. 42 et 43 est uniquement organisée en vue de garantir l'intérêt des tiers et non dans le but de protéger celui des associés. Ensuite tous les associés sont coupables de négligence, aussi bien celui qui invoque la nullité que ceux contre lesquels on s'en prévaut; et l'on pourrait ici rétorquer contre le premier l'adage romain: In pari causa melior est causa prohibentis. Si la loi en a décidé autrement, c'est qu'elle attachait le plus grand prix à l'accomplissement des formalités des art. 42 et 43; et, dans le but d'en garantir l'observation, elle accorde à tout intéressé, quel qu'il soit, la faculté de provoquer la résiliation de la société dont l'existence n'aurait pas été rendue publique.

La société n'est sauvée de la nullité entre associés que si, dans la publication de l'extrait, on s'est, en tout point, conformé à l'art. 42.[1] (infrà nos 196 et s.). Il ne suffirait donc pas que quelques-unes des conditions déterminées par cette disposition eussent été remplies.

**185.** La société irrégulière est donc nulle; mais pour saisir toute l'étendue de ce principe, il faut distinguer plusieurs degrés dans l'inexécution du contrat de société.

Il se peut que, tous les associés ayant effectué leurs mises, les choses soient cependant encore entières; cela arrivera lorsque la société n'aura pas encore fonctionné. Ainsi tel associé qui s'est engagé à faire un apport en numéraire, a versé la somme promise dans la caisse sociale. D'autre part, le contrat de société dans lequel un autre associé déclare apporter tel immeuble déterminé, a été transcrit au bureau des hypothèques. Mais tout s'est borné là; on ne s'est encore livré à aucune des opérations prévues par la convention. Eh bien, si la nullité de la société est demandée, on se contentera de rétablir les choses

[1] La société est nulle entre associés lorsque l'extrait de l'acte de société publié au greffe du tribunal de commerce omet de désigner les associés autorisés à gérer, le montant des valeurs fournies ou à fournir par actions ou en commandite: Paris 25 fév. 1851. D. P. 1851. 2. 78; Bruxelles cass. 23 juillet 1832. 243; lorsque les publications requises n'ont eu lieu qu'après la quinzaine: Br. cass. 28 janvier 1849. P. 1850. 17. Ce dernier arrêt dit que, lorsque la loi prescrit de remplir certaines formalités dans un délai déterminé, c'est ne pas les accomplir que d'y procéder en dehors de ce délai. — Contra: Brux. 13 fév. 1840.45; Brux. 16 janv. 1830. 17; Liége, 4 déc. 1834. 266.

dans l'état où elles se trouvaient avant la convention. Le premier associé reprendra sa mise en numéraire, l'autre reprendra son immeuble. Il faudra cependant que ce nouvel ordre de choses soit constaté dans un acte qui permette, par une nouvelle transcription au bureau des hypothèques, de détruire l'effet produit par celle du contrat de société, c'est-à-dire de dessaisir la société de la propriété de l'immeuble aux yeux des tiers. Si les coassociés se refusaient à y prêter volontairement la main, il serait nécessaire de les y contraindre par voie de justice. Ainsi donc, dans notre hypothèse, il n'y aura pas lieu de partager le fonds commun, soit d'après la base déterminée par le contrat de société, soit en en attribuant une part virile à chaque associé. Car un partage ne se comprend que lorsque la convention sociale a été réellement exécutée, c'est-à-dire lorsque les mises ont servi, pendant un temps plus ou moins long, à l'usage auquel elles étaient destinées; lorsque, par suite du travail social, le capital primitif s'est accru ou diminué, ou bien a subi une transformation plus ou moins complète; lorsque des bénéfices ont été réalisés, ou que des pertes ont été subies. Ici au contraire les parties n'ont qu'à reprendre ce qu'elles ont apporté, pour faire cesser l'indivision. Comprendrait-on, par exemple, que l'associé dont l'industrie constitue toute la mise, pût prétendre à la moitié de l'immeuble ou du capital en numéraire apporté par son coassocié, lorsque cette industrie est demeurée tout-à-fait inactive ?

Si quelques-uns des associés seulement ont réalisé leur apport, ils ne peuvent contraindre les autres à effectuer leur mise : car le contrat de société, qui forme leur titre unique, est nul. Mais ils ont le droit de reprendre leurs apports, d'après ce que nous venons de dire. Ils pourraient même, s'il le fallait, se réclamer de l'art. 1184 c. civil, en vertu duquel la partie qui a rempli son obligation, peut obtenir la restitution de ce qu'elle a fourni, si l'autre partie n'exécute pas son propre engagement.

L'associé dont la mise en numéraire a été versée dans une caisse particulière, distincte de celle de ses coassociés, la reprend tout entière. Mais si elle a été confondue avec les deniers propres d'un des coassociés, le premier n'a contre celui-ci qu'une action en restitution; et alors il subira le concours de tous les

créanciers de ce coassocié sur les biens de ce dernier. Dans tous les cas, au contraire, où chacun reprend sa mise en nature, elle cesse de former le gage des créanciers de ses coassociés.

**186.** Supposons maintenant que les associés aient tous effectué leurs apports; la société a fonctionné quelque temps et les choses ne sont plus entières; le capital social n'est plus constitué comme au premier jour de l'association; on a fait des bénéfices ou des pertes. Eh bien, le partage de la masse commune aura lieu de la manière indiquée dans la convention sociale; les clauses de cet acte serviront également à déterminer la part contributoire des associés dans les pertes. C'est le sentiment général des auteurs [2]. On refuse donc à la convention tout effet pour l'avenir, mais elle continue de régir les faits accomplis. Cela semble rationnel. Si, en effet, la nullité de la convention devait s'étendre au passé, il faudrait adopter l'une des solutions suivantes. Ou bien l'actif social ne sera pas partagé; chaque associé détenteur d'une valeur commune en restera définitivement investi, et l'associé qui s'est obligé pour la communauté supportera seul la dette. Ou bien le partage de l'actif et du passif aura lieu par tête. Or le premier parti est insoutenable, il froisse au plus haut degré le sentiment de l'équité; le deuxième est arbitraire, si les associés ont adopté un règlement différent : ils ont écarté le principe de l'égalité, et on les y soumettrait contre leur gré !

### N° 2. *Rapports des associés avec les tiers*

**187.** Les associés, lorsqu'ils ont omis d'observer les art. 42 et 43 c. com., ne peuvent se prévaloir de l'inobservation de la loi à l'égard des tiers ayant intérêt à faire considérer la société comme valable. Ils ne sauraient, en effet, exciper de leur faute à l'encontre de ceux à qui n'incombait pas la même obligation. Ainsi les associés ne pourront se soustraire aux engagements contractés par le gérant, sous prétexte que la société n'a pas été publiée [1]. On accorde même aux tiers le

[2] V. DALLOZ, v° *Société*, n° 853.

[1] A en croire SAVARY, il en était autrement sous l'empire de l'ordonnance

droit d'établir, à l'aide de la preuve orale, l'existence de la société, quand cette existence est contestée [2]. Nous allons voir que, sous un autre rapport, les créanciers subissent le contre-coup de la négligence des associés. Le motif en est qu'ils sont eux-mêmes en faute, pour avoir contracté avec une société dont l'existence n'était pas régulière.

**188.** Lorsque les art. 42 et 43 ont été observés, les créanciers de la société sont préférés aux créanciers des associés, sur les valeurs de la société. Ce droit de préférence disparaît lorsque la société n'a pas reçu de publicité. Ce point est universellement admis par les auteurs ainsi que par les cours et tribunaux [3].

Ainsi les créanciers particuliers des associés peuvent opposer aux créanciers de la société l'irrégularité de la société. Cela ne vient-il pas détruire ce que nous disions tantôt? S'il n'est pas permis aux associés de se prévaloir de leur négligence envers les créanciers de la société, leurs créanciers personnels, qui n'ont pas plus de droits, seront-ils recevables à en tirer avantage? Notre solution est cependant, de tous points, conforme à l'équité. En effet, si les art. 42 et 43 n'ont pas été observés, la société est légalement inconnue des tiers; toute personne, traitant avec l'un des membres d'une société non publiée, est donc légitimement autorisée à considérer tout l'avoir de cet associé comme formant le gage de sa créance. Le créancier serait injustement trompé si, après avoir fait crédit au propriétaire d'un immeuble, en considération de cet immeuble, ce bien était exclusivement dévolu à d'autres créanciers, en vertu d'un acte resté secret.

Cependant l'inobservation de l'art. 42 c. com. ne con-

de 1673. Voici ce qu'il écrit (t. 1, p. 350) : " Ce qui est à remarquer en la disposition de l'article, est que l'acte de société demeure nul, tant entre les associés, qu'avec leurs créanciers et ayants cause, si on manque à cette formalité; de sorte que, pour rendre l'acte de société valable, il faut absolument qu'il soit registré aux lieux mentionnés dans l'article, en l'un au défaut de l'autre; c'est pourquoi les marchands qui négocieront avec plusieurs personnes associées, doivent bien prendre garde, avant que de s'engager avec elles, de voir si l'extrait de l'acte de leur société a été registré aux lieux où il doit l'être, pour ne pas s'exposer à une nullité de toutes les affaires qu'ils feront avec eux ".

[2] V. DALLOZ, v° *Société*, n°s 274 et suiv..

[3] V. DALLOZ, v° *Société*, n° 869.

stitue pas toujours les tiers en état d'ignorance légale de l'existence de la société. Il peut arriver qu'ils aient appris, par une autre voie, que certains biens ont été mis en société par leur débiteur. En effet, si l'apport de quelques-uns des associés est immobilier, la société n'en devient propriétaire à l'encontre des tiers que lorsque le contrat social a été transcrit au bureau des hypothèques. Si donc cette formalité a été remplie, chacun sait que l'immeuble apporté a cessé d'appartenir intégralement à l'associé dont il constitue la mise; et l'on pourrait, sans violer l'équité, décider qu'il forme le gage exclusif des créanciers de la société, nonobstant l'inobservation de l'art. 42. Cependant la loi a statué différemment.

**189.** Les créanciers sociaux ne sont pas préférés aux créanciers personnels sur l'actif social, lorsque la société n'a pas été publiée. Mais faut-il, à l'exemple de la cour de cassation de France, aller jusqu'à dire que le droit de préférence passe aux créanciers personnels? Aux yeux de la cour suprême, ceux-ci sont des tiers, dans le sens de l'art. 42; et, la société dont l'existence n'est pas régulière étant nulle à leur égard, la convention sociale ne peut leur porter aucun préjudice. Or elle leur nuirait si les créanciers de la société pouvaient prendre part à la distribution des biens du débiteur [4]. Mais la cour suprême fait, selon nous, une fausse application de la disposition de l'art. 42. c. com.. Ce que la loi annule, en effet, c'est la convention sociale et pas du tout les engagements pris par les associés dans l'intérêt de l'entreprise sociale. Tout individu est certainement le maître de contracter autant de dettes que bon lui semble; et chaque obligation nouvelle diminue, dans la répartition de ses biens, le dividende que ses créanciers antérieurs avaient le droit d'espérer. Tel est le droit commun; et l'art. 42 n'a pas l'intention d'en restreindre l'application à l'égard de ceux qui contractent des sociétés commerciales en dehors des formalités légales. L'art. 42 a seulement voulu, en brisant le lien social, améliorer la position des créanciers personnels, en leur permettant d'appréhender des biens précédemment placés hors de leur atteinte. Ainsi donc, loin de prononcer

[4] Cass. f. 13 fév. 1821. Sirey vol. 6. 1. 381.

une exclusion au détriment de quelques créanciers, elle en fait disparaître une au profit de certains autres.

**190.** Le droit des créanciers personnels de concourir avec les créanciers sociaux, doit se restreindre aux biens qui, de fait, composent la masse sociale indivise; il ne peut s'étendre à ceux qui devraient en faire partie conformément aux clauses du contrat de société. Supposons, par exemple, que l'un des associés n'ait pas encore effectué son apport; les créanciers personnels de ses coassociés ne pourront le contraindre à le réaliser. Ils n'ont pas, en effet, plus de droits que leurs auteurs (n° 185), et ceux-ci ne peuvent le forcer à exécuter la convention sociale qui est nulle. Quant aux créanciers de la société, ils n'y perdront rien; tout au contraire : car ils conservent leur action solidaire contre l'associé en retard de remplir son obligation d'apport.

Un arrêt de la cour de Limoges, du 10 mars 1848 (D. P. 1848. 2. 163), donne cependant tort à notre doctrine; il admet les créanciers personnels à prendre part dans les mises non encore versées. " Attendu, dit la cour, que la nullité prononcée par le dernier paragraphe de l'art. 42 c. com. ne peut être opposée à des tiers par les associés; qu'ainsi l'existence de la société reste un fait acquis aux créanciers de la société qui ont traité de bonne foi et sous la garantie des deux associés; attendu qu'étant créanciers de la société, ils ont droit à la part de chaque associé pour le recouvrement de ce qui leur est dû; attendu que, pour la consécration de ce droit, il importe que les conditions sous lesquelles la société a été formée soient remplies; que dès lors le partage de l'actif social doit avoir lieu par moitié, ainsi que cela a été convenu; attendu que l'apport de chaque associé reste confondu dans l'actif social, car c'est en considération de cette garantie que les transactions ont dû s'opérer; attendu qu'en supposant que Clarétie n'eût pas versé ou réalisé la totalité de son apport, ce qui resterait à verser serait dû à la société et non à Pradeaux personnellement (art. 1845 c. civ.); que, par conséquent, les conclusions subsidiaires des appelants sont mal fondées; attendu qu'après le partage opéré en deux parts égales, les créanciers de la société prennent part dans chaque lot, en concours

avec les créanciers particuliers de chaque associé par suite de la nullité, qui reçoit ici son application en privant les créanciers sociaux de leur privilége exclusif; etc. "

Nous ne comprenons pas trop l'utilité qu'il y a à supposer que la mise de Clarétie est encore due à la société, malgré la nullité de cette dernière. Car les créanciers sociaux conservent leur droit d'agir contre Clarétie lui-même; et, d'un autre côté, cette fiction leur cause un préjudice notable, puisqu'elle permet aux créanciers personnels des autres associés de concourir sur cette mise avec eux; or c'est là un avantage auquel les créanciers personnels ne sauraient prétendre.

**191.** La loi ne se contente pas de supprimer le privilége des créanciers sociaux, lorsque l'art. 42 n'a pas été obéi. Elle permet en outre aux créanciers des associés de demander la nullité de la société, ou d'agir comme s'il n'y avait pas de société. Ainsi, le créancier de l'un des associés pourra, quand il le voudra, considérer la société comme n'existant pas et provoquer le partage des corps certains mis en commun, à l'effet de saisir la part revenant à son débiteur; il pourra, dans la même mesure aussi, saisir les créances sociales. Sous ce rapport, il faut reconnaître que le régime spécial auquel la loi soumet les sociétés commerciales, s'écarte profondément des principes applicables aux sociétés civiles. Et jusqu'à un certain point il est exorbitant. Il suffisait, en effet, à l'équité que les créanciers personnels et les créanciers sociaux fussent placés sur un pied d'égalité parfaite; la justice ne réclamait pas, en outre, en faveur des premiers, le droit de provoquer la nullité de la convention sociale. Cela est tellement vrai que cette faculté ne leur appartient pas en matière de société civile; et cependant personne ne songe à signaler la moindre iniquité dans la situation qui leur est faite. Si la loi applique à la société commerciale un traitement différent, c'est encore une fois dans le but de mieux assurer la publicité des clauses du contrat social. Ainsi donc, dans aucun cas, la société commerciale n'est laissée sous l'empire du droit commun, que les formalités de l'art. 42 aient été observées ou qu'elles ne l'aient pas été. Dans la première hypothèse, en effet, le droit commun est dépassé au profit des créanciers de la

société; dans la seconde, il est dépassé au profit des créanciers des associés.

**192.** Lorsque la société est nulle, les biens mis en commun appartiennent en réalité aux associés par indivis. Le gage des créanciers de chaque associé comprend donc ses biens réservés propres, sa part indivise dans les biens corporels communs et sa part sociale dans les créances de la société. Lorsque ce gage aura été liquidé, les créanciers auxquels il appartient y prendront part indistinctement, et les deniers seront distribués entre eux au marc le franc. Seulement les créanciers de la prétendue société pourront réclamer le montant intégral de ce qui leur est dû et non la part virile ou sociale afférente à l'associé débiteur. Ne pourrait-on pas cependant objecter que le contrat de société n'existe pas, qu'il ne peut donc produire aucun effet nuisible aux intérêts des créanciers personnels? Et ne contrevient-on pas à ce principe en donnant une action solidaire aux créanciers sociaux, puisqu'ils ne peuvent l'exercer qu'en raison de ce qu'ils ont traité avec une société commerciale? Nous ne sommes pas de cet avis; car, si ce raisonnement procédait bien, il faudrait aller jusqu'à annuler tout engagement social, dans l'intérêt des créanciers personnels, et décider que les créanciers sociaux ne peuvent concourir avec les premiers, pas même pour la part de l'associé [5]. Dès que l'on reconnaît comme valable le titre des créanciers de la prétendue société, il faut l'accueillir avec sa nature particulière, qui est d'être solidaire; c'est, en effet, un engagement solidaire que le créancier a entendu recevoir et que le débiteur a entendu contracter; et il n'y a aucune bonne raison pour traiter cette créance solidaire autrement qu'on ne ferait de toute autre dette solidaire créée par la même personne.

**193.** La nullité de la société ne peut être opposée par les associés aux créanciers sociaux; il en résulte que l'associé assigné en payement d'une créance sociale devant le tribunal du siége de la société, ne pourrait en décliner la compétence, sous le prétexte que la société est nulle. Nous avons vu que, d'après certains auteurs, l'assignation donnée directe-

[5] Ce système a été admis par la cour de cassation de France, dans un arrêt rendu le 13 fév. 1821. DALLOZ, v° *Société*, n° 883.

ment à un associé devant le tribunal de son domicile, en exécution d'une obligation de la société, est nulle lorsque le contrat social remplit toutes les conditions légales. Elle serait, dans tous les cas, valable si la société n'avait pas été publiée : sa validité est une conséquence de la nullité de la société, dont tout créancier social est admis à se prévaloir.

**194.** La nullité de la société résultant de l'inobservation de l'art. 42 peut être opposée par tous les intéressés. Les débiteurs de la société peuvent donc l'invoquer. Ainsi la personne morale s'évanouit pour eux dès qu'ils le veulent. Ils ne sont plus les débiteurs d'un être juridique unique. Ils ont autant de créanciers qu'il y a d'associés. Il faut par conséquent faire ici l'application de tous les principes que nous avons exposés en traitant de la société civile. Le gérant lui-même ne peut les poursuivre que pour sa part dans la dette; le droit à cette part peut s'éteindre en vertu des règles sur la compensation etc. (suprà n$^{os}$ 86 et s.).

D'un autre côté, les débiteurs peuvent, s'ils le préfèrent, considérer la société comme parfaitement régulière. Ainsi le payement qu'ils font entre les mains du gérant est valable à l'égard de tous les associés. Ils seraient même entièrement libérés s'ils avaient payé la totalité de leur dette à un associé dépouillé de la gestion par une des clauses de la convention sociale : ils ont, en effet, le droit de se prévaloir de l'existence de la société, sans qu'on puisse leur opposer les clauses d'un traité occulte. En d'autres termes, ils ont la faculté de considérer les associés comme investis chacun d'un pouvoir égal d'administrer, nonobstant la stipulation qui réserve la gestion à l'un d'eux. Car le contrat de société ne lierait les tiers que pour autant qu'il eût reçu la publicité prescrite par l'art. 42. En l'absence de cette formalité, ils sont censés en ignorer le contenu et ils l'ignoreront le plus souvent. Or, lorsqu'aucun des associés n'est revêtu spécialement de la mission de gérer pour les autres, tous ont un mandat respectif et mutuel d'administrer et notamment de recevoir l'intégralité des créances sociales. S'il s'agissait d'une société civile, nous adopterions une solution différente : l'associé exclu de la gestion par une clause du contrat, n'aurait pas le droit de libérer le débiteur commun pour la part

revenant à ses coassociés; le motif en est que la clause en question est valable, indépendamment de toute publicité, et que le tiers, en traitant avec l'un des associés, relativement à un objet concernant l'intérêt collectif, doit préalablement s'enquérir de l'étendue des pouvoirs qu'a cet associé pour obliger ses coassociés.

**195.** La société collective, malgré l'inobservation de l'art. 42, peut jouir d'une existence plus ou moins publique. Ainsi il se peut que la société se soit manifestée par l'emploi d'une raison sociale; il se peut aussi qu'elle possède un siége spécial, distinct du domicile de chacun des sociétaires. C'est à cette hypothèse que se réfère ce que nous venons de dire jusqu'ici en traitant de la société non publiée. Quant aux conditions que doit réunir une créance pour donner lieu à une action contre la société, et aux règles de procédure à suivre, lorsque la société est actionnée en justice, nous renvoyons aux solutions que nous avons indiquées précédemment en traitant de la société collective régulièrement publiée.

Il peut au contraire arriver que plusieurs personnes, secrètement associées pour faire le commerce, contractent avec les tiers, en vue de l'intérêt collectif, il est vrai, mais toujours en leur propre nom et sans jamais donner lieu de supposer qu'elles n'agissent pas pour elles seules. Dans ce cas, les tiers qui, au moment du contrat, ont suivi la foi de chaque associé individuellement, ne sont pas créanciers de la société, car cette société n'existe pas pour eux. Et, si plus tard ils parviennent à connaître la réalité, ils ne seront pas admis à établir l'existence de la société, à l'effet de poursuivre les associés de leur débiteur. Ainsi donc, dans cette hypothèse, il n'y a ni personne morale, ni action collective ou solidaire contre les associés, quand même la société, à raison des opérations auxquelles elle se livre, aurait revêtu le caractère de société collective, si elle s'était révélée au public par des actes extérieurs. En conséquence, il n'y a lieu d'appliquer à ce cas aucun des principes que nous avons exposés en matière de société en nom collectif. Entre l'associé qui promet et le tiers qui stipule, tout doit se passer comme entre un débiteur et son créancier.

**196.** D'après l'art. 42 c. com., la société cesse d'exister à

l'état de personne morale, quand l'une des prescriptions de cette disposition n'a pas été observée. Ainsi il ne suffirait pas que l'extrait de l'art. 43 eût désigné les associés de manière à exclure tout doute concernant leur identité. Les créanciers de la société ne jouiraient d'aucun privilége à l'encontre des créanciers personnels, si l'extrait omettait de mentionner la raison sociale, les noms des associés autorisés à gérer, les prénoms, qualités ou profession de chaque associé, ou si les publications de l'art. 42 avaient eu lieu seulement dans quelques-uns des arrondissements dans lesquels la société possède une maison de commerce. Sous ce rapport, la loi prête à de nombreuses critiques. Voici, en effet, à ce qu'il nous semble, les idées dont le législateur aurait dû s'inspirer. Le privilége des créanciers sociaux n'a rien d'injuste quand les créanciers personnels ont pu, avant de traiter, connaître l'existence de la société. Or, pour les créanciers personnels, avoir connaissance de l'existence de la société, c'est connaître ceux qui la composent : car alors ils sont avertis que la personne avec laquelle ils traitent, a mis une partie de son patrimoine en commun et ils ne peuvent plus avoir égard à ces biens dans l'appréciation de sa solvabilité. Mais on ne voit pas l'utilité qu'il peut y avoir pour les créanciers personnels à apprendre la composition de la raison sociale, les noms des gérants. Leur ignorance à cet égard ne peut leur occasionner aucun préjudice. Du reste, il peut arriver que les associés n'aient pas adopté de raison sociale, qu'ils aient laissé la gestion en commun. L'art. 1859 c. civ. est même rédigé au point de vue de cette dernière hypothèse. Les créanciers personnels n'ont de même aucun motif rationnel de se plaindre si la convention sociale n'a pas reçu la publicité requise dans tous les arrondissements dans lesquels la société possède une succursale; il suffit qu'elle jouisse d'une existence régulière dans l'arrondissement dans lequel l'associé débiteur s'est obligé à titre personnel. Supposons, par exemple, que la société ait deux maisons de commerce, l'une en Belgique et l'autre en Amérique. Celui qui contracte avec l'un des associés en Belgique pourra-t-il se prétendre lésé parce que les publications des art. 42 et 43 n'ont pas été faites en Amérique, si la législation de ce pays organise des formalités analogues ?

L'art. 42 permet donc aux créanciers personnels de tirer avantage d'une négligence des associés qui ne leur cause aucun préjudice réel. Mais il y a plus : il rend les créanciers sociaux responsables de cette négligence, sans qu'on puisse leur reprocher la moindre faute. Et en effet, les créanciers, avant de traiter avec la société, ont consulté les registres du greffe et ils ont constaté que l'extrait, publié conformément à l'art. 43, désigne les associés d'une façon suffisamment complète pour qu'il soit possible de les distinguer de tous autres. Ne semble-t-il pas alors que les créanciers ont fait tout ce qu'on peut exiger d'eux ? La société ne jouit-elle pas, à leur égard, d'une existence régulière ? Ne peuvent-ils traiter avec elle en toute confiance ? Est-on raisonnablement admissible à leur opposer le silence gardé par l'extrait à l'endroit de la qualité d'un associé, de la raison sociale, du nom du gérant, ou de toute autre clause qui n'est pas de l'essence même du contrat de société ? L'art. 42 répond affirmativement. Mais, en cela, il blesse la raison; car, si le législateur peut imposer aux associés l'obligation de publier toutes les stipulations de leur contrat de société, intéressant les tiers, on comprend moins que ceux-ci pâtissent d'une omission qui ne leur est pas imputable, et dont, le plus souvent, ils n'auront même pas connaissance.

**197.** Il ne suffit pas que l'extrait de l'article 43 ait été publié de la manière prescrite; il faut en outre que cette publication ait eu lieu dans la quinzaine de la date de la convention sociale. Examinons donc ce qui arrive lorsqu'elle n'a été faite qu'après l'expiration de ce délai.

Entre associés, nous croyons, malgré le sentiment contraire généralement adopté par les auteurs, qu'une cause de nullité résulte de l'accomplissement tardif des formalités [6]. Le texte de l'art. 42 nous semble trop clair pour autoriser une autre solution : " L'extrait des actes de société en nom collectif, dit-il, doit être remis dans la quinzaine de leur date au greffe etc., pour être transcrit etc.... Ces formalités seront observées à peine de nullité à l'égard des intéressés ". Aussi n'est-ce pas sans étonnement qu'on lit dans le *Répertoire* de Dalloz, v° *Société*, n° 817 : " L'art. 42 attache la nullité au

[6] V. DALLOZ, v° *Société*, n° 817. V. Suprà, n° 184, note 1.

défaut de publication mais non pas à un simple retard dans la publication ". Un arrêt de la cour de Lyon consacre notre doctrine en ces termes : " Attendu qu'il faut reconnaître, d'un autre côté, que c'est pour des motifs d'ordre et d'intérêt publics qu'a été ainsi établie à l'égard de tous ceux entre qui sont contractées ces sortes de sociétés, et sous peine de nullité d'icelles, la nécessité de publier avec certaines formes leur acte d'association dans un bref délai etc. " [7]. D'autre part la cour de cassation de Belgique dit : " Lorsque la loi prescrit de remplir certaines formalités dans un délai déterminé, c'est ne pas les accomplir que d'y procéder en dehors de ce délai " (suprà n° 184, note 1).

Dans aucun cas les associés ne peuvent se prévaloir de leur faute vis-à-vis des créanciers de la société. Mais que décider lorsque la controverse s'établit entre un créancier personnel et un créancier social ?

Si le titre de chacun est antérieur à la publication de l'extrait, le créancier social ne peut prétendre à aucun droit de préférence. Nous en avons donné les raisons (n° 188). Du reste on comprend sans peine que cette publication ne saurait rétroagir. Si le titre de chacun est postérieur à l'accomplissement des formalités, le créancier social sera préféré au créancier personnel. Celui-ci, en effet, a été averti par l'examen des registres du greffe; il savait à quoi s'en tenir. D'un autre côté, le premier n'a contracté avec la société qu'à un moment où l'existence de cette dernière était régularisée. Ces deux créanciers sont donc, l'un vis-à-vis de l'autre, comme si la société avait commencé au moment des publications. Mais il se peut que la rivalité se produise entre un créancier social postérieur et un créancier personnel antérieur : que décider ? Le premier, s'il a consulté les registres du greffe, aura constaté que les publications de l'art. 43 ont été faites. Mais aussi il aura pu remarquer qu'elles ont eu lieu après l'expiration de la quinzaine de la date du contrat social. Il a donc dû prévoir que des tiers, ignorant l'existence de la société, auront traité antérieurement avec un associé, sur la foi de la solvabilité apparente de ce dernier. En contractant lui-même ensuite avec la société, il

[7] Lyon 4 juillet 1827. DALLOZ, v° *société*, n°18.

a donc implicitement accepté la concurrence de ces tiers sur la part de l'associé débiteur dans l'actif social. En d'autres termes, le créancier de la société, même postérieur au jour des publications, n'est pas préféré au créancier personnel antérieur. Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut que le titre de ce dernier ait réellement date certaine avant l'accomplissement des formalités requises.

**198.** La loi ne recommande d'observer l'art. 42 que dans la quinzaine de la date du contrat de société. Par conséquent, à quelque moment de ce délai que les publications aient eu lieu, elles sont censées faites le jour même de la fondation de la société. Les tiers, quels qu'ils soient, sont donc réputés avoir eu connaissance de cet événement à partir de ce jour. Ainsi tout créancier social sera préféré à un créancier personnel, quand même leurs titres, ayant pris naissance dans la quinzaine, seraient l'un et l'autre antérieurs en date à la publication de la société. Cette décision serait inattaquable, quand même il serait prouvé que le créancier personnel a ignoré l'existence de la société, et bien qu'il pût se trouver déçu dans ses espérances les plus légitimes.

**199.** La prorogation de la société après l'expiration du terme fixé par la première convention, doit également être rendue publique. Sans cela, les créanciers de la société prorogée ne seraient pas préférés aux créanciers personnels postérieurs à la dissolution de la société.

**200.** La dissolution de la société avant l'expiration du délai assigné à sa durée, est soumise à la même formalité. Si celle-ci n'avait pas été observée, la société subsisterait pour les tiers intéressés à son maintien. Ainsi celui avec qui le gérant aurait traité même postérieurement à la date de la dissolution anticipée, n'en aurait pas moins tous les associés pour obligés, et serait préféré, sur l'actif social, à leurs créanciers personnels.

### N° 3. *La société nulle en faillite*

**201.** Une société en nom collectif qui n'a pas été publiée conformément à l'art. 42 peut-elle être déclarée en faillite ?

Nous supposerons, dans l'examen de cette question, qu'une société non publiée ait fonctionné sans opposition de la part des associés, jusqu'au moment où elle ait interrompu le payement de ses dettes.

Lorsque les associés n'ont pas de créanciers personnels, ou lorsque leurs créanciers personnels n'élèvent aucune objection, nous pensons que la société doit être déclarée en faillite dès qu'elle est en état de cessation de payements. Car la nullité ne peut être opposée par les associés aux tiers intéressés. La déclaration devra donc être faite dans les mêmes conditions que si la société était régulière et elle produira les mêmes conséquences. Ainsi la faillite sera prononcée par le tribunal de l'arrondissement dans lequel se trouve le siége social; les biens communs seront administrés par un curateur désigné par ce tribunal; les créanciers sociaux, réunis en assemblée, pourront octroyer un concordat spécial à tel associé, etc. D'un autre côté, chaque associé étant personnellement en faillite, il y aura lieu de soumettre ses biens propres au régime de la faillite : donc désignation d'un curateur spécial, assemblée de créanciers pouvant lui accorder un concordat général, etc.

Mais si, pendant l'instance qui précède la déclaration de la faillite de la société, un créancier personnel de l'un des associés intervient et demande la nullité de la société, cette nullité doit être prononcée à l'égard de cet associé. Alors la faillite de ce dernier comprendra les biens qu'il s'était réservés propres et sa part dans les biens communs. Toutefois nous ne croyons pas que, dans ce cas, la juridiction arbitrale puisse déclarer la société nulle, d'une façon générale et relativement à chaque associé, de manière à donner naissance à autant de faillites particulières qu'il y a d'associés. Car ceux-ci ne peuvent opposer aux tiers la nullité de la société; par conséquent la juridiction arbitrale, en la prononçant à l'égard de tous les associés, accorderait une chose qui n'est pas demandée et cela au détriment des créanciers sociaux. La nullité devrait donc être poursuivie par un créancier au moins de chaque associé, pour que la déclaration de la faillite de la société devînt impossible. Si cette éventualité se présentait, il faudrait que la faillite de chaque associé fût prononcée par

le tribunal de son domicile. Les biens sociaux devraient être répartis entre toutes ces faillites, et chacune d'elles comprendrait, outre les créanciers personnels de l'associé, les créanciers de la société.

## II. De la société en commandite

**202.** L'ordonnance de 1673 prescrivait de rendre publique l'existence des sociétés en commandite formées entre commerçants. Néanmoins le tiers envers qui un des associés s'était obligé dans l'intérêt de la communauté, n'avait pas d'action contre les autres associés ni contre la société. Les valeurs communes n'étaient pas destinées à l'acquittement de cette créance plutôt qu'au payement des autres créanciers de l'associé. Le motif en était que ce dernier avait traité uniquement en son nom; il n'avait pas parlé au nom de la société et n'avait pas fait usage d'une signature sociale. La substance du commerce commun, aux yeux des tiers, résidait en lui seul. On arrivait au même résultat lorsqu'un commerçant s'était associé avec des non-commerçants par la voie de la commandite; l'association, dans cette hypothèse, était tout-à-fait secrète : car l'ordonnance de 1673 n'exigeait pas que les noms des associés fussent livrés à la publicité. En un mot, la société en commandite, avant le code, ne constituait, dans aucun cas, une personne morale.

Ce que l'on décidait autrefois devrait encore être admis aujourd'hui, si les associés avaient suivi la même marche dans la constitution de leur société. Ainsi l'association n'affirme-t-elle son existence par aucun acte de nature à la révéler, le gérant traite-t-il toujours ostensiblement pour lui seul, les tiers suivent-ils toujours uniquement sa foi, ne recourt-on jamais à une raison sociale, les commanditaires ne seront pas obligés envers les créanciers; la société ne formera pas une personne morale et cette proposition devra être accueillie avec toutes les conséquences qu'elle implique.

**203.** Si au contraire les associés ont obéi à la prescription de l'art. 43, s'ils ont fait figurer dans l'extrait affiché toutes les énonciations exigées par cette disposition; si, en

un mot, la société est constituée suivant le vœu du législateur, à l'image du type dont il a tracé les contours, la question change d'aspect et doit recevoir une solution différente. Rien ne nous semble, en effet, ressortir avec plus d'évidence des textes de la loi que l'intention du législateur d'ériger la commandite en personne morale. Il la traite de la même manière que la société en nom collectif. Il suppose qu'elle opère toujours sous le symbole d'une raison sociale, qu'elle affirme à tout instant son existence fictive au grand jour de la publicité. Il n'y a qu'une différence entre l'associé solidaire et l'associé commanditaire : le premier est garant de l'exécution entière des engagements sociaux, le second n'encourt de ce chef qu'une responsabilité limitée. Sauf cette restriction, il y a assimilation complète entre l'association collective et la commandite.

Ainsi tout ce que nous avons dit plus haut de la première de ces sociétés est applicable à la seconde. Lorsque les associés ont satisfait aux réquisitions de l'art. 42, les créanciers de la société sont préférables aux créanciers des associés sur les biens mis en société. Les créanciers peuvent agir contre le gérant seul, en mettant la société en cause sous la raison sociale. Le gérant peut seul toucher le montant des créances sociales; les débiteurs, s'ils avaient payé à un autre associé, ne seraient pas libérés; point de compensation possible entre la dette d'un associé commanditaire envers un tiers et ce que celui-ci doit à la société; la société dissoute peut être placée sous le régime des sociétés en liquidation; lorsqu'elle suspend ses payements, elle est sujette au régime de la faillite.

D'un autre côté, lorsque la commandite n'a pas été publiée, il faut admettre, à son égard, les solutions que nous avons proposées, dans la même hypothèse, à l'endroit de la société collective.

**204.** L'associé commanditaire peut-il être poursuivi directement par les créanciers de la société, lorsqu'il n'a pas versé sa mise dans la caisse sociale? La question est vivement débattue par les auteurs. Nous allons l'examiner.

Dans l'ancien droit, notre problème ne pouvait recevoir une solution affirmative. La commandite était alors, le plus souvent, un contrat ignoré des tiers; et même, lorsqu'elle

révélait son existence par la voie de la publicité, le gérant contractait en son propre nom; il ne recourait pas à l'emploi d'une raison sociale; il n'engageait donc que sa personne, nullement l'être collectif; et voilà pourquoi les créanciers qui avaient traité avec lui, fût-ce même à raison du commerce commun, n'avaient aucune action personnelle contre ses associés.

Cet aperçu historique suffirait à lui seul pour trancher notre question, telle qu'elle se pose dans le droit nouveau. En effet, la commandite moderne agit toujours sous le couvert d'une raison sociale: telle est la conception du législateur. Or le législateur qui a tiré la commandite de son obscurité primitive, qui l'a dégagée du mystère dans lequel elle se plaisait à envelopper toutes ses opérations, qui a donné pour débiteur au tiers créancier non-seulement celui des associés qui a parlé au contrat, mais la société tout entière, a clairement manifesté l'intention de faire naître une action contre tous les membres de cette société, absolument comme s'il s'agissait d'une société collective. Si, en effet, les tiers créanciers n'avaient de poursuite à exercer que contre un individu, pourquoi annoncer que celui-ci n'agit pas en son nom seulement, mais comme mandataire d'autrui? Lorsqu'un mandataire divulgue la source des pouvoirs qui lui permettent de traiter pour son commettant, ce dernier est certainement lié par les actes du premier. Or ce principe général ne peut fléchir lorsque le mandant prend le nom de commanditaire.

**205.** Toutes les considérations qu'il est possible de présenter en faveur de l'opinion contraire, se trouvent contenues dans une consultation délibérée au mois de juin 1833 en faveur du comte Pérégaux, actionné par la banque de France, créancière de la maison de commerce J. Lafitte et comp., en payement de l'apport qu'il avait promis d'effectuer [1].

Le principal argument qui y est développé, consiste à dire qu'il est impossible de considérer les obligations de la société comme contractées par les commanditaires, même par l'entremise du gérant. La constitution de la commandite s'oppose, en effet, dit-on, à ce qu'on adopte ce point de vue:

[1] V. Sirey; 1833. 2. 202.

car le commanditaire doit se renfermer dans la plus complète inaction ; il ne peut gérer; il est donc impossible de considérer les actes du gérant comme émanant de lui, à quelque titre que ce soit. Mais on a parfaitement répondu à cet argument [2] que certains actes ne peuvent être accomplis que par mandataires; et cependant, ils n'en obligent pas moins le mandant. Tels sont ceux que l'avoué pose en justice au nom de la partie qui l'a chargé d'occuper pour elle. Lors donc que la loi interdit au commanditaire toute immixtion dans l'administration, elle n'a pas voulu détruire par là l'idée d'un mandat confié par lui au gérant; elle a simplement donné à comprendre que le mandant ne pourrait jamais se substituer au mandataire.

A en croire les rédacteurs de la délibération, les créanciers de la commandite ne pourraient contraindre les commanditaires au versement de leurs mises, si ce n'est de la manière que le gérant peut le faire. Si donc l'action du gérant s'était éteinte d'une manière quelconque, même gratuitement, les créanciers n'auraient plus rien à leur demander. " Le commanditaire, dit-on, n'est pas autrement tenu à l'égard des tiers, que ne le serait une personne qui aurait promis de fournir, à titre de prêt, une somme à la société. " Mais le système de nos contradicteurs, compris de cette façon, tend à effacer toute distinction entre les créanciers de la société et les créanciers personnels du gérant. Supposons, en effet, que la société ne renferme qu'un seul associé solidaire, le gérant. Les commanditaires devant être traités comme s'ils avaient promis de lui prêter un capital, il n'y aurait aucun motif de refuser aux créanciers personnels le droit de partager avec les créanciers sociaux le bénéfice de cette obligation. Car cette dernière fait partie du patrimoine du gérant et forme par conséquent le gage de tous ses créanciers. Ainsi donc, pas de préférence au profit des créanciers sociaux. En un mot, le système que nous combattons fait déchoir la commandite de son rang de personne morale.

**206.** Nos contradicteurs essaient de procurer à leur système l'appui de la loi. Dans ce but, ils invoquent surtout l'art. 23 c. com. qui dispose : " La société en commandite se

[2] V. DALLOZ, v° *Société*, n° 1332.

contracte entre un ou plusieurs associés responsables et solidaires et un ou plusieurs associés, simples bailleurs de fonds, que l'on nomme commanditaires ou associés en commandite". Il ressort de cet article, dit-on, une différence nettement tranchée entre le commanditaire et les autres personnes qui figurent dans la société. Celles-ci sont responsables et solidaires; les créanciers peuvent agir contre elles en exécution des engagements qu'elles souscrivent. Le premier, au contraire, n'est pas responsable de cette exécution : il est simplement bailleur de fonds; les créanciers ne peuvent agir contre lui par action directe. Mais telle n'est pas du tout la portée de la loi. Certainement le législateur établit une opposition significative entre le commanditaire et l'associé solidaire; mais ce n'est pas dans le but de soustraire le premier à la poursuite des créanciers. Le dessein de la loi a été de faire de l'inaction la plus absolue la condition d'existence du commanditaire dans la société. L'associé en nom, le gérant agit, il contracte, il est responsable indéfiniment. Le commanditaire, lui, ne fait que verser sa mise; il ne prend pas la moindre part à la direction des affaires : il est simple bailleur de fonds. Mais en est-il moins responsable des actes du gérant, est-il moins le mandant de ce dernier, est-il moins sujet à l'action des créanciers? C'est ce que le législateur n'a pas dit, et c'est ce qu'il ne pouvait dire. Tout au contraire, il supprime, à cet égard, toute distinction entre le commanditaire et le gérant, puisqu'à tous deux il applique la dénomination égalitaire d'associé; c'est précisément ce que nos contradicteurs feignent de ne pas apercevoir et ce qui ruine leur système de la façon la plus irrémédiable.

Ce qui précède trouve une confirmation éclatante dans les paroles que Regnaud de Saint-Jean-d'Angely prononça au conseil d'État : " Dans la société en commandite, dit-il, le commanditaire n'est pas caché; il est nommé dans l'acte de société, il *répond directement* quoique seulement en proportion de sa mise. Enfin il ne peut gérer sans devenir associé pur et simple et solidaire [3]. "

**207.** La jurisprudence présente, sur le point qui nous

[3] LOCRÉ, *Lég. civ. de la France*, t. 17, p. 185.

occupe, une opposition très-marquée; mais le plus grand nombre des décisions judiciaires se prononce en faveur de l'opinion que nous défendons [4].

**208.** Les associés commanditaires peuvent donc, en principe, être poursuivis par les créanciers sociaux; mais ils ne répondent pas indéfiniment des dettes de la société. Ils ne sont obligés, en vertu du contrat, que jusqu'à concurrence d'une somme déterminée. S'ils n'ont pas encore versé cette somme dans la caisse sociale, ils seront quittes en la payant aux créanciers qui se présentent, ou, lorsqu'elle est insuffisante pour les désintéresser tous, en la leur distribuant au marc le franc. Les créanciers n'auront pas à se plaindre: car ils ont appris par l'extrait publié conformément à l'art. 42, que la personne qu'ils poursuivent n'a pas la qualité d'associé solidaire. Si donc, au moment où ils ont traité avec le gérant, ils savaient qu'un tel faisait partie de la société en qualité de commanditaire, ils n'ont pu compter sur tout ce qu'il possède, pour recouvrer leurs avances; et, d'un autre côté, avant de contracter, ils pouvaient se faire représenter l'acte de société, lequel détermine précisément l'étendue de la responsabilité que le commanditaire a entendu encourir.

Si le commanditaire a effectué son apport, il n'a plus rien à démêler avec les créanciers sociaux; il lui suffira de prouver qu'il a exécuté son obligation. Ainsi, il n'a plus à répondre des dettes sociales quand il a effectivement versé les espèces promises dans la caisse de la société; car il a payé à une personne ayant qualité pour recevoir: le gérant

[4] V. en ce sens: Aix 10 mars 1820, Sirey, vol. 6. 2. 223; Paris 23 fév. 1833. Sirey 1833. 2. 303; Rouen 12 déc. 1841. Dalloz, V° *Société*, n° 1335; Cass. f. 15 juin 1846. D. P. 46. 1. 314; Paris 6 déc. 1850. D. P. 51. 2. 20; Cass. f. 30 juillet 1851. D. P. 51. 1. 21; Grenoble 19 janv. 1854. D. P. 55. 2. 291. En sens contraire: Paris 23 août 1833. Dalloz, v° *Société*, n° 1338; Douai 14 déc. 1843. Dalloz, v° *Société*, n° 1342 2°; Douai 11 juillet 1846. D. P. 46. 2. 170; Bruxelles 26 juin 1847. P. 1848. 51.

La controverse dont nous venons de rendre compte est tranchée dans le sens de notre opinion par le projet de révision du code de commerce, titre des sociétés. Voici ce qu'il porte: "Art. 21. L'associé commanditaire n'est passible *des dettes* et pertes de la société que jusqu'à concurrence des fonds qu'il a promis d'y apporter".

est, en effet, le mandataire des créanciers qui ont traité avec lui; il a mission de toucher toute somme due à la société, et la quittance qu'il donne est obligatoire pour tous les intéressés. Il faut décider de même quand le commanditaire est devenu créancier de la société pour une somme égale à celle qu'il doit; ainsi, par exemple, il lui a vendu des marchandises dont le prix n'est pas payé. Dans cette hypothèse, la dette de l'associé est éteinte par compensation. Il est donc libéré vis-à-vis des créanciers; car la compensation équivaut au payement. Il en serait ainsi quand même la créance à charge de la société aurait pris naissance dans le chef d'une personne autre que le commanditaire et dont celui-ci serait devenu le représentant. Ce serait le cas si le commanditaire, encore débiteur de sa mise, devenait l'héritier d'un individu à qui la société doit une somme égale.

Mais le commanditaire qui est libéré vis-à-vis du gérant, n'est pas nécessairement à l'abri de tout recours de la part des créanciers. Pour que ceux-ci n'aient plus rien à lui demander, il faut que la société ait réellement reçu ce qu'il devait verser entre ses mains, ou tout au moins des objets ayant pour la société la même valeur, offrant les mêmes facilités de réalisation. Ainsi l'associé, comme nous l'avons vu, est libéré si, au lieu d'une somme en numéraire qu'il a promise, il livre à la société des marchandises, surtout lorsqu'elles sont de la nature de celles dont la société fait le commerce. En un mot, le gérant peut recevoir, en payement de la mise du commanditaire, toute espèce de valeur, lorsque, en acceptant cette dation en payement, il agit comme un bon administrateur: car alors il fait une opération profitable à la société; il représente cette dernière.

Mais il en est tout autrement quand les valeurs transmises sont douteuses, sujettes à dépréciation. Alors le commanditaire demeure obligé à l'égard des créanciers tant que la société n'a pas bénéficié de la somme promise. A plus forte raison en est-il ainsi, quand le gérant en a fait remise pure et simple, remise gratuite au commanditaire. En cela, il n'a pas fait acte d'administration, et n'a pas représenté la société; la créance de celle-ci subsiste donc tout entière. Cette remise gratuite ne serait pas plus opposable aux créanciers qu'elle ne

le serait si elle avait été consentie entre associés solidaires. Tous ceux qui font partie d'une société, sont obligés envers les créanciers dans la mesure déterminée par la convention sociale; et un associé ne saurait, par sa seule volonté, décharger ses associés de cette responsabilité. Que décider si le commanditaire est devenu créancier personnel du gérant pour une somme égale à celle qu'il a promis de verser? Le commanditaire n'est pas libéré vis-à-vis des créanciers; en ce qui les concerne, il doit encore son apport, car la société n'a rien reçu. Cette solution est de tout point conforme à l'équité lorsque l'engagement pris par le gérant envers le commanditaire est gratuit de la part du premier, lorsque le gérant ne reçoit aucun équivalent; par exemple, s'il s'oblige à compter au commanditaire une somme d'argent par esprit de libéralité, pour lui constituer une dot. Mais supposons que le gérant ait reçu l'équivalent de l'obligation qu'il a contractée. Dans cette hypothèse, notre solution paraîtra singulière. Ainsi je me suis obligé à fournir une commandite de 10,000 fr.; si je la verse effectivement entre les mains du gérant, je serai libéré d'une façon absolue, quand même celui-ci, au lieu de consacrer cet argent au commerce commun, l'emploierait à son profit personnel. Les créanciers n'ont plus rien à réclamer, car la condition du contrat s'est réalisée. J'ai augmenté la solvabilité de la société ou plutôt celle du gérant de 10,000 fr.; les tiers traitent désormais avec un débiteur qui a 10,000 fr. de plus. Mais supposez qu'au lieu de lui payer 10,000 fr. en numéraire, je lui vende, pour son usage privé, du mobilier qui a une valeur vénale de 10,000 fr.; les créanciers trouveront certainement en sa personne le même degré de solvabilité que celui qu'ils auraient rencontré chez lui si je lui avais payé une somme de 10,000 fr., ou même si la vente du mobilier avait été faite à la société. Et néanmoins je ne serai pas libéré envers la société, c'est-à-dire envers les créanciers de celle-ci. Eh bien, ce résultat semble bizarre; on n'aperçoit pas, dans le fond des choses, un motif rationnel de différence entre les deux hypothèses. Notre solution ne serait équitablement explicable que si les objets vendus au gérant pour un prix déterminé, égal à la mise du commanditaire, avaient une valeur vénale inférieure à ce prix.

**209.** Lorsque la société est tombée en faillite, les actions de la société sont exercées par le curateur de la faillite. Lui aussi peut exiger des commanditaires, par action directe, le versement de leurs mises, au double titre de mandataire des créanciers et de représentant de la société faillie.

**210.** Plus encore que la commandite par intérêt, la commandite par actions se présente à l'esprit revêtue des caractères de la personne morale. L'action, quoi qu'on dise, est un titre à la propriété même des choses composant l'actif social. Tôt ou tard, il arrivera un jour où le porteur de ce titre se présentera au partage et prendra part dans la masse commune. Mais comme le titre de propriété est éminemment cessible, comme la propriété de l'actif social, essentiellement flottante, change à chaque instant de mains, de titulaires, comme les actionnaires sont nécessairement inconnus, comme leur individualité ne peut jamais être distinguée, on est logiquement forcé d'attribuer la propriété de l'avoir social à l'être moral lui-même. Et en effet, quand les associés sont tous connus, quand ils ne peuvent se substituer personne, on peut encore, dans la réalité des choses, considérer la société comme se confondant avec leurs personnes. Lorsque la société acquiert un immeuble, on conçoit que l'acquisition et la transcription de l'acte se fassent sous les noms des associés eux-mêmes. Mais lorsqu'une acquisition est faite au profit d'une société en commandite par actions au porteur, où sont les acquéreurs physiques? Qui les désignera? Ce ne sont évidemment pas les associés en nom; ils ne représentent qu'une fraction des intéressés. Les autres existent bien, mais on ne les connaît pas; on ne peut les connaître. On est donc juridiquement obligé de considérer l'acquisition comme faite par l'être moral, embrassant dans son abstraction tous les ayants droit connus et inconnus. La société figurera dans l'acte sous la raison sociale N. et compagnie; et le mot *compagnie* désignera précisément la masse anonyme, insaisissable des actionnaires.

On arrive à la même conclusion quand on cherche à se représenter la société estant en justice, soit en demandant, soit en défendant. Si tous les intéressés devaient figurer en nom dans les qualités de l'instance, la moindre poursuite

judiciaire serait impossible. Quand la société est collective, ester en justice sous la raison sociale pourrait ne constituer qu'une simple faculté; ici c'est une nécessité rigoureuse.

**211.** Quand la commandite par actions remplit toutes les conditions exigées par la loi, les détenteurs d'actions ne sont pas obligés sur leurs biens propres d'acquitter les engagements de la société. Ils deviennent même entièrement étrangers à tout ce qui la concerne, aussitôt qu'ils se sont défaits de leurs titres.

Lorsqu'au contraire les prescriptions des art. 42 et 43 c. com. n'ont pas été observées, la société est nulle; les actionnaires ne sont donc plus protégés par les clauses de l'acte de société. En conséquence, ils sont passibles des dettes sociales personnellement et pour le tout, et ils ne peuvent plus, en se dépouillant de leur action, se soustraire à l'obligation de payer: l'action, en effet, par suite de la nullité de l'acte social, a perdu son caractère habituel de transmissibilité. Il suffit donc qu'il soit prouvé qu'une personne a été actionnaire, pour qu'elle puisse être poursuivie par les créanciers sociaux comme un associé solidaire (infrà n° 222). Mais ne pourrait-on pas se défendre en disant: " Si l'action a cessé d'être transmissible entre mes mains, celui qui m'a cédé ce titre n'a pas pu me le faire acquérir, ni par conséquent se dégager de la responsabilité attachée au nom d'associé et me la transmettre; c'est donc lui et non pas moi qu'il faut assigner ". Ce moyen ne pourrait réussir : car il est condamné par l'art. 42 c. com.; les associés, en effet, auxquels on peut opposer la nullité de la société, ne peuvent pas en tirer avantage contre les tiers.

Il résulte de là que le créancier social peut, à son choix, diriger sa demande contre tous ceux qui ont possédé des actions, quand même ils s'en seraient défaits. Pour triompher dans sa poursuite, il lui suffira d'établir que le défendeur a été actionnaire.

## III. De la société anonyme

### § 1. *Des sociétés anonymes créées en Belgique*

**212.** La société anonyme est celle dont la constitution intérieure répond aux règles établies par les articles 29 à

36 du code de commerce. Voici ces règles en abrégé. Il y a absence de raison sociale; la société est qualifiée par l'objet de son entreprise; elle est administrée par des mandataires révocables, responsables seulement de l'exécution de leur mandat; les associés ne sont passibles des pertes que jusqu'à concurrence de leurs mises; le capital est divisé en actions au porteur ou en actions nominatives. Il ne suffirait pas cependant que la société fût organisée de cette manière, pour qu'elle méritât la qualification d'anonyme; il faudrait en outre qu'elle eût été formée en vue de faire le commerce (infrà n° 276). Quand toutes ces conditions se rencontrent, la convention sociale est nulle si elle n'a pas été autorisée par le gouvernement (art. 37), et si l'acte d'autorisation n'a pas été affiché avec l'acte d'association dans la salle des audiences du tribunal de commerce (art. 45).

Nous commencerons donc par supposer qu'on a observé les conditions de fond et les conditions de forme que nous venons de rappeler.

**213.** En fait de sociétés privées, la société anonyme forme la personne morale par excellence. La société collective, la commandite se confondent jusqu'à un certain point avec les associés. Elles n'ont d'autre solvabilité, d'autre volonté que celles qu'elles empruntent à ces derniers. Elles leur doivent aussi le nom sous lequel elles sont connues. Il faut donc un certain effort d'imagination pour abstraire l'idée de la société de celle des associés. Ici aucun effort n'est nécessaire. La gestion de la société est confiée à un tiers qui ne doit pas être intéressé dans les opérations sociales, qui ne l'est ordinairement pas. Le nom qu'elle adopte ne rappelle celui d'aucun être humain. Elle a généralement un local indépendant de l'habitation des actionnaires. La personne des associés disparaît et s'efface devant l'être collectif; lui seul est immuable. Quant à la masse des actionnaires, elle est sujette à mille fluctuations. Ceux qui ont aujourd'hui la qualité d'associés, peuvent l'avoir perdue demain : car leur titre est essentiellement cessible et, quand l'action est au porteur, la tradition suffit pour rendre le précédent détenteur complètement étranger à la société. Celle-ci se présente aux tiers avec un patrimoine exclusivement propre, précisément défini; ceux qui

traitent avec elle ne prennent en aucune considération la fortune des actionnaires; ils ne les connaissent pas; et les connussent-ils, ils n'auraient pas de recours sur leurs biens: entre ces biens et ceux de la société, il y a une séparation absolue. En un mot, la société anonyme apparaît à l'esprit semblable à une vraie personne morale publique, à l'État, à la Commune, possédant par elle-même, par elle seule, tout ce qui lui appartient, ne présentant pour tout gage à ses créanciers que sa propre solvabilité, s'offrant seule à leurs poursuites lorsqu'ils jugent bon d'en exercer. Si la société anonyme a un gérant, c'est en vertu d'une stricte nécessité, c'est pour exprimer une volonté qu'elle est incapable de formuler elle-même.

**214.** La société anonyme ne date véritablement que de la promulgation du code de commerce. Il est vrai que l'on peut signaler, comme se rapprochant de la société anonyme moderne, certaines sociétés qui fonctionnaient antérieurement. Leur organisation était en tout point pareille à celle de la société anonyme moderne. Ainsi le capital était divisé en actions au porteur; les actionnaires n'étaient pas tenus des engagements de la société sur leurs propres biens; les effets de la compagnie ne pouvaient être saisis par les créanciers personnels des intéressés; la compagnie ne portait le nom d'aucune personne physique, etc. Cependant il existe une différence capitale entre ces compagnies et la société anonyme du code de commerce. Les premières devaient leur existence à un acte spécial de l'autorité publique [1]; c'est dans cet acte même qu'elles puisaient la source de leur vie. La société anonyme moderne, au

[1] Des ordonnances royales en France autorisèrent diverses compagnies; en
1626, celle de Saint-Christophe;
1628, celle de la Nouvelle France;
1642, la compagnie d'Orient;
1651, celle de Cayenne;
Mai 1664, la compagnie des Indes Occidentales;
Août 1664, celle des Indes Orientales;
1673, celle du Bastion de France;
1685, celle de Guinée;
Mars 1696, celle du Sénégal;
Août 1717, celle d'Occident.

SAVARY, *Dictionnaire du commerce*, v° *Compagnie*.

V. aussi BÉDARRIDE, *Des sociétés*, n° 264.

contraire, est une création de la volonté privée des individus qui la fondent. Ses statuts, il est vrai, sont soumis à l'approbation du gouvernement; mais cette approbation ne constitue qu'un simple devoir de surveillance exercé dans l'intérêt des particuliers. L'intervention du gouvernement est si peu nécessaire à la constitution de la société anonyme, que dans certains pays elle n'existe plus (Angleterre, France), et qu'en Belgique elle tend à disparaître à cause de son inutilité et de son inefficacité.[2].

**215.** Comme la société anonyme est incapable de formuler une volonté propre, il est important de connaître ceux qui ont mission de vouloir à sa place, de savoir sous quelles conditions leurs actes peuvent lui être attribués. La règle est facile à poser; la voici: c'est la convention sociale qui a donné la vie à la société anonyme; c'est elle aussi qui forme la loi de son existence. Ceux-là seuls sont donc capables de vouloir pour elle, qui sont désignés par les statuts; et tout acte non autorisé par le pacte social peut être annulé à la demande des intéressés. Dans les pays qui, à l'exemple de la Belgique, ont maintenu la nécessité de l'approbation du gouvernement, on peut dire, pour la justification de cette règle, que l'anonymat a été accordé à la société à raison des stipulations contenues dans les statuts. Tout acte violant les règles qui y sont tracées est donc, par cela même, virtuellement abrogé. Dans les pays, au contraire, où l'organisation de la société anonyme est entièrement libre, on peut dire que les tiers, avant d'entrer en relations avec la société, ont compté sur l'observation fidèle des conventions sociales; c'est sur la foi des garanties qu'elles leur promettaient, qu'ils ont consenti à contracter. Il suffit donc qu'un acte contraire aux prescriptions du contrat leur préjudicie, pour que cet acte doive être annulé.

L'administration de la société est confiée à un nombre plus ou moins grand de mandataires; ceux-ci peuvent recevoir des noms divers. Ainsi dans les statuts des sociétés anonymes on rencontre des gérants, des directeurs, des sous-

[2] *Voir* Annales Parlementaires de Belgique, Documents, session 1865-66, p. 561 : Projet de révision du titre des sociétés; et p. 517 : Rapport fait par M. Pirmez au nom de la commission de révision.

directeurs, des censeurs, un conseil d'administration, un conseil judiciaire et, par dessus tout, l'assemblée générale des actionnaires. Le rôle assigné à chacun est exactement défini par la convention. Mais lorsque l'intervention de plusieurs des personnes que nous venons de désigner, est requise à l'égard d'une opération déterminée, il faut que toutes y aient donné leur adhésion, pour qu'on puisse considérer l'opération comme émanant de la société.

**216.** Il n'est pas nécessaire que les pouvoirs du gérant soient spécialement déterminés. On peut aisément préciser, sans cela, l'étendue qu'ils comportent. Il faut, en effet, considérer l'objet de la société, le but qu'elle se propose et accorder à l'administrateur le droit de faire tous les actes, de passer tous les marchés qui tendent vers la réalisation de cet objet, et qui rentrent dans les pouvoirs d'un administrateur de la chose d'autrui. Ainsi quand la société se propose d'acheter et de vendre, il pourra acheter et vendre même des immeubles, lorsque la société est créée en vue de ce genre d'opérations. Mais, dans le silence du contrat, il ne pourra ni emprunter, ni transiger, ni compromettre : car ces actes, quand ils n'émanent pas d'un propriétaire, ne peuvent être consentis qu'en vertu de pouvoirs spéciaux.

Le gérant peut toucher le montant des créances dues à la société et en poursuivre le recouvrement en justice. Quant aux actions concernant un objet dont il n'a pas la disposition, il ne peut de sa seule autorité, ni les intenter, ni y défendre. On décide généralement qu'il lui faut à cet effet obtenir une autorisation préalable de l'assemblée générale des actionnaires [3].

**217.** Examinons maintenant l'étendue des pouvoirs de l'assemblée générale des actionnaires.

Les actes qu'elle autorise le gérant à passer, conformément aux statuts, sont valables ; ceux qu'elle autorise contrairement à ces statuts sont nuls. Elle n'a pas, en effet, le droit d'y déroger : les conventions arrêtées par les fondateurs et approuvées par le gouvernement sont immuables. Aux raisons générales que nous avons indiquées ci-dessus, on peut ajouter celle-ci : une modification aux statuts ne serait valable en

[3] V. Dalloz, v° *Société*, n° 1529; Mallepeyre et Jourdain, p. 229.

elle-même que si elle avait subi les mêmes épreuves que l'acte constitutif. Il faudrait donc, outre l'unanimité des actionnaires, un acte notarié, l'approbation du gouvernement et la publication conformément à l'art. 45 c. com..

218. Quant aux actes qui, sans être formellement défendus par le pacte social, excèdent cependant les bornes d'une administration simple, on admet communément que l'assemblée générale des actionnaires a le droit de les autoriser par des résolutions réunissant la majorité de voix déterminée par les statuts. Le silence du contrat ne forme pas un obstacle à l'exercice de cette faculté : car le contrat ne pouvait prévoir toutes les conjonctures où se trouverait la société, ni par conséquent les résolutions que les actionnaires seraient appelés à prendre dans l'intérêt de l'association. Il faut donc laisser à l'assemblée une certaine latitude. Bédarride pose le principe que l'assemblée générale est l'arbitre suprême de l'actif constituant le fonds social et de la destination à laquelle il faut le consacrer. Il semble rationnel, en effet, d'admettre que les actionnaires, étant propriétaires, puissent en disposer d'une façon aussi absolue qu'un propriétaire ordinaire peut disposer de sa chose. On a décidé en conséquence qu'une assemblée générale autorise valablement le conseil d'administration à contracter un emprunt, même avec hypothèque et voie parée, si l'intérêt commun l'exige, bien que les statuts soient muets à cet égard, et que cet emprunt, opéré conformément à la délibération de l'assemblée générale, ne peut être argué de nullité par un des actionnaires [4].

Que décider dans cette hypothèse à l'égard d'un créancier antérieur ? Ne pourra-t-il jamais obtenir l'annulation de l'hypothèque, même en dehors de toute idée de fraude concertée pour l'exclure ? Supposons un créancier à terme; le terme n'étant pas échu, il ne peut réclamer le remboursement de sa créance. Dans ces circonstances, l'assemblée autorise un emprunt avec constitution d'hypothèque au profit du prêteur. Si la somme empruntée est considérable, il peut se faire que le créancier à terme ne trouve plus de quoi se payer. Et cependant ne peut-il pas dire qu'il a contracté avec la société sur la foi des

[4] Bordeau 21 déc. 1840. Dalloz, v° *Société*, n° 1558 1°.

stipulations du pacte social, qu'il a constaté par l'inspection de cet acte que l'assemblée des actionnaires n'avait pas le pouvoir de concéder des hypothèques, et que c'est cette considération qui l'a engagé à ne réclamer, de son côté, aucune sûreté spéciale?

Il est vrai que, si ces prétentions étaient admises, il faudrait, par analogie, refuser à l'assemblée générale le droit d'autoriser l'aliénation des immeubles sociaux et en général celle de toutes choses non stipulées vénales par les statuts. Car les créanciers pourraient aussi alléguer qu'ils ont dû croire que ces objets ne seraient pas aliénés, mais serviraient à l'acquit de leurs créances; et l'on condamnerait ainsi la société anonyme à une inertie, à une immobilité complètes. Elle ne pourrait se mouvoir qu'à l'aide des éléments dont elle disposait lors de sa fondation; et le jour où ces éléments seraient devenus impuissants, incapable de leur faire subir la moindre transformation, elle n'aurait qu'à se dissoudre!

Les créanciers de la société, c'est-à-dire ceux envers qui la société s'est obligée d'après les règles précédemment établies, n'ont d'autre gage de leur créance que l'actif social. Ils n'ont de recours ni sur les biens personnels du gérant, quelle qu'en soit la nature, ni sur ceux des associés. En revanche, les créanciers de ces derniers n'ont aucune action sur les biens sociaux.

**219.** Supposons maintenant que l'on ait observé dans la constitution de la société toutes les conditions de fond exigées par les articles 29 à 36 du code de commerce, mais que l'on ait omis l'une des formalités prescrites par les art. 37, 40, 45. Ainsi les statuts n'ont pas été approuvés par le gouvernement, ou bien l'acte d'approbation n'a pas été affiché dans la salle des audiences du tribunal de commerce, ou n'a pas été publié par la voie du Moniteur. La société est nulle; elle ne vaut même pas comme société collective; la nullité peut être opposée par tout intéressé. En effet, l'art. 37 porte: " La société anonyme ne peut exister qu'avec l'autorisation du gouvernement ". D'autre part, l'inobservation de l'art. 45 est certainement frappée de la même sanction que celle dont se trouve atteinte la violation de l'art. 42. Le législateur, il est vrai, garde sur ce point le silence dans l'art. 43. Mais il ressort des dispositions qui pré-

cèdent et qui suivent cet article, que la loi a entendu traiter de la même façon toutes les contraventions à ses commandements.

**220.** Tant que la prescription de l'art. 45 n'est pas observée, la nullité de l'acte de société peut donc être demandée. Mais une fois que cette formalité est remplie, la société devient inattaquable et l'influence s'en fait même sentir avant son accomplissement. En effet, les créanciers personnels aux associés qui, avant l'observation de l'art. 45, pouvaient saisir les biens mis en commun, au même titre que les prétendus créanciers de la société, n'ont plus ce droit depuis la publication de l'acte social. Ces biens deviennent exclusivement le gage des créanciers de la société.

Pour que l'existence de la société anonyme soit régulière, il suffit que l'autorisation du gouvernement lui soit accordée; mais elle ne devient régulière qu'à partir de la date de l'acte d'octroi. Ceux envers qui le gérant s'est obligé auparavant ne sont donc pas créanciers de la société anonyme; ils ne peuvent saisir les biens qui y sont entrés, alors même qu'ils auraient traité dans l'intérêt des affaires communes, de celles précisément que la société s'était proposées dès le début et qu'elle a continuées après l'obtention de l'autorisation. Delangle est du même avis : " La société anonyme, dit-il, ne date que de l'autorisation; elle n'a point de passé; son capital ne peut donc être diminué par des dépenses antérieures à sa constitution. "

**221.** Lorsque la société anonyme est nulle, il y a lieu de lui faire l'application du dernier alinéa de l'art. 42. Nous croyons, en effet, que l'analogie qui rattache deux situations identiques, le commande ainsi. Toute partie intéressée peut donc demander la nullité de la société ou opposer cette nullité quand, sur le fondement de l'acte de société nul, on élève quelque réclamation contre elle. Le gérant ne peut donc poursuivre en justice l'exécution d'aucun des engagements contractés envers la société. Par exemple, il ne pourra exiger d'un actionnaire le versement de sa mise, ni demander le payement d'une somme promise à titre de prêt, ou l'exécution de toute autre obligation contractée envers la société.

**222.** Mais la nullité ne pourra être opposée aux tiers par les actionnaires ni par le gérant. Ceux-ci sont responsables

des engagements sociaux, non pas jusqu'à concurrence de leur mise seulement, puisque la société est nulle en tant qu'anonyme, elle ne les protége plus, mais indéfiniment, solidairement, comme si la société était en nom collectif. Cela est tout aussi exact en ce qui concerne les actionnaires, s'ils connaissaient la situation irrégulière de la société faussement anonyme. Mais il se peut qu'ils l'aient ignorée. Il n'est même pas impossible qu'on ait eu recours à des manœuvres frauduleuses, dans le but de leur faire croire à l'accomplissement de toutes les formalités légales. Cependant ils ne seront pas à l'abri de l'action personnelle des créanciers, car leur erreur n'est pas excusable; ils avaient un moyen infaillible de connaître la vérité; elle leur serait apparue dans toute son évidence s'ils avaient consulté les registres du greffe commercial [5]. Ils répondront donc des engagements sociaux personnellement, indéfiniment et non pas seulement jusqu'à concurrence de leurs mises; ils ne peuvent, en effet, invoquer le contrat de société contre les tiers: ce contrat est nul.

On fera sans doute à notre doctrine une objection puisée dans des considérations de fait: comment, dira-t-on, le créancier de la société pourra-t-il intenter une poursuite personnelle contre des actionnaires qui se cachent, dont il ignore les noms? Nous répondrons que c'est là une difficulté sérieuse, mais que cependant elle ne porte aucune atteinte à notre principe. En définitive le demandeur est dans la situation de tout demandeur contre lequel on peut rétorquer l'adage: *Actor probat actionem;* mais une fois que la qualité d'associé, d'actionnaire, est établie à charge d'un individu, celui-ci est responsable personnellement des engagements de la société et l'instance doit suivre son cours.

Ensuite, dira-t-on, l'action est un titre essentiellement cessible; le demandeur, malgré la poursuite, peut toujours la transmettre à autrui, et, dans ce cas, s'étant dépouillé de la qualité d'associé, même postérieurement à la demande, s'étant déchargé des obligations qu'elle entraîne, il ne peut plus

[5] Conf. DELANGLE, n° 478: "Une société anonyme non autorisée n'est, à l'égard des tiers intéressés, qu'une société collective".

Conf. Bruxelles 15 juillet 1836. 185.

être condamné. Cette objection ne nous atteint pas, car nous prétendons précisément que, la convention sociale étant nulle à l'égard des tiers, les associés ne peuvent se prévaloir d'aucune des clauses qui y sont insérées. Dès lors l'action a perdu, entre les mains de celui qui la détient, son caractère habituel de transmissibilité; il suffit donc qu'une personne ait eu la qualité d'actionnaire, pour être responsable. Si le défendeur objectait que, n'ayant pu transmettre son action, il n'a pu l'acquérir du titulaire précédent ni par conséquent endosser la responsabilité attachée à la possession de ce titre, on lui répondrait qu'il argumente de la nullité de la société, chose qui lui est interdite par le dernier alinéa de l'art. 42 (suprà n° 211). Enfin l'actionnaire ne pourrait s'abriter derrière cette considération, qu'il mérite du moins de bénéficier de la position du commanditaire; car le commanditaire lui-même est passible de poursuites solidaires à raison des engagements de la société, lorsque l'existence de cette dernière est irrégulière [6].

**223.** De ce que l'inobservation d'aucune des formalités légales ne saurait être opposée par les associés aux tiers, il résulte que la société peut être assignée, malgré la nullité qui l'entache, devant le tribunal de son siége et dans la personne du mandataire désigné en vertu des statuts. Si le demandeur n'avait pas cette faculté, il devrait mettre en cause tous les actionnaires; en conséquence, sa demande, quelque fondée qu'elle fût du reste, serait condamnée à ne pas aboutir. Toutefois il peut, s'il le préfère, assigner l'un des actionnaires seulement; et celui-ci devra être condamné pour le tout, si la demande est reconnue fondée. Mais dans ce cas, le demandeur ne pourra exécuter le jugement que sur les biens personnels du défendeur et sur sa part de l'actif social.

**224.** La société commerciale, nulle en tant qu'anonyme, devra être déclarée en faillite, le cas échéant, sur la poursuite des créanciers sociaux, par le tribunal du siége de la société. Le jugement qui prononcera la faillite de la société, constituera, par le fait même, tous les actionnaires en état de faillite indivi-

[6] Telle est l'opinion de DELANGLE, n° 568; de BÉDARRIDE, n° 593; de ALAUZET, n° 239.

duelle. Comme nous l'avons vu plus haut en traitant de la société collective, un seul curateur administrera les biens sociaux et les biens personnels des actionnaires, à moins que les créanciers d'un ou de plusieurs de ces derniers ne fassent opposition. Si, en effet, cette hypothèse se réalisait, la faillite de ces associés devrait être déclarée par le tribunal de leur domicile, et le curateur désigné serait chargé de gérer leurs biens propres ainsi que leur quote-part dans l'actif social; ce patrimoine deviendrait alors le gage commun des créanciers personnels et des créanciers sociaux. Enfin la faillite ne pourrait être prononcée par le tribunal du siége social, si les actionnaires avaient chacun un créancier personnel opposant.

**225.** C'est surtout lorsqu'il s'agit de sociétés anonymes, que le principe qui fait survivre la société à sa dissolution dans l'intérêt de sa liquidation, offre de l'utilité; car les propriétaires de l'actif, les actionnaires sont le plus souvent très-nombreux et on ne peut jamais les connaître tous. Exiger leur intervention dans tous les actes à l'aide desquels une masse active et passive se liquide, ce serait rendre la liquidation et le partage de la société radicalement impossibles. Ainsi on ne peut admettre que tous les actionnaires soient tenus de participer à la vente des meubles et des immeubles dépendants de la société; on ne peut vouloir non plus qu'ils figurent en nom dans les qualités des instances intéressant la société dissoute, tant en demandant qu'en défendant. La fiction dont nous parlons s'impose donc ici de la façon la plus impérieuse; et cependant ne peut-on pas dire que cette fiction manque ici absolument de base légale? Nous croyons pouvoir le démontrer. En effet, l'article 1873 c. civ. affranchit le partage des sociétés de commerce des règles du droit civil, pour le soumettre exclusivement aux lois et usages du commerce; et nous avons constaté que les principes qui gouvernaient la liquidation des sociétés dans l'ancien droit, sont encore applicables aujourd'hui. Mais à quelles sociétés peut-on les étendre? Ne faut-il pas les restreindre à celles des sociétés modernes dont l'existence remonte à une époque antérieure à l'ère du code civil? Il paraît rationnel de l'admettre : car si le législateur conserve toute autorité aux lois et usages du commerce, il ne peut s'agir que des lois et usages en vigueur au moment où il statue. A

ces lois et usages seulement il peut donner la sanction de son approbation, parce qu'il les connaît et qu'il lui paraît utile de les consacrer. Mais la formule qu'il emploie dans l'art. 1873 ne peut se rapporter à l'avenir : on ne peut y voir un blanc-seing accordé au commerce et permettant à celui-ci de placer sous l'autorité de la loi tous les usages qu'il lui plaira d'adopter, fussent-ils même contraires à la loi. Ces usages nouveaux, le législateur de l'art. 1873 ne les connaissait pas; il n'a donc pu vouloir les ériger en lois. Or, parmi les sociétés du code de commerce, la collective et la commandite existaient seules avant le code; la société anonyme, nous l'avons démontré, forme une création toute moderne. L'usage de faire survivre la société anonyme à sa dissolution dans l'intérêt de sa liquidation, est donc lui-même un usage moderne, puisque l'objet auquel il s'applique n'était pas connu dans l'ancien droit; et, si nos déductions sont exactes, il faut reconnaître qu'il a pris naissance plutôt à côté de la loi que dans la loi. Cependant si une considération peut sauver une institution de l'illégalité qui l'entache, c'est bien, comme dans le cas actuel, celle de sa haute utilité et de son absolue nécessité.

**226.** Nous nous sommes demandé, à propos de la société collective, de qui devait émaner la nomination du liquidateur après la dissolution de la société, et nous avons décidé qu'elle doit résulter du consentement unanime de tous les associés. Alors même que le contrat permettrait à la majorité en nombre de ces associés de prendre les résolutions intéressant l'actif commun, il nous a semblé que la dissolution met fin au règne de cette majorité, parce qu'il est une conséquence du contrat qui n'existe plus. En conséquence, avons-nous dit, l'opposition d'un seul associé suffirait pour entraver la désignation d'un liquidateur unique et la liquidation demeurerait la propriété de tous. La logique des idées et la force des principes nous engageraient à proposer la même solution en ce qui concerne la société anonyme; car si les membres d'une société collective dissoute sont réellement propriétaires de l'ancien actif social, il faut en dire autant des actionnaires d'une société anonyme. Et cependant nous reculons devant l'idée de traiter ces deux sociétés de la même façon; car nous nous trouvons ici devant l'impossible. Lorsqu'il

s'agit d'une société collective, d'une commandite par intérêt, la liquidation faite en commun peut, il est vrai, rencontrer un grand nombre d'embarras, elle peut être appelée à subir de longs retards, mais enfin elle n'est pas fatalement condamnée à ne pas aboutir. Il en est tout autrement pour les sociétés qui ont admis dans leur sein, suivant une proportion plus ou moins forte, l'élément impersonnel, anonyme, insaisissable que représente la masse des actionnaires. Il faut ici, de toute nécessité, qu'une seule personne soit chargée de la liquidation. Mais est-il indispensable que tous les actionnaires, jusqu'au dernier, prennent part à sa nomination? Si l'on répond: oui, on se place de nouveau au sein des mêmes embarras. En supposant que tous les détenteurs d'actions soient connus, par quel procédé arrivera-t-on à faire converger toutes ces volontés éparses sur la même tête? Les divergences se produiront encore une fois; et pour en avoir raison, nous n'apercevons qu'un moyen: rétablir le règne de la majorité.

**227.** Une fois qu'on en est arrivé là, pourquoi ne pas faire un pas de plus dans la même voie? Pourquoi ne pas accorder à la majorité de l'assemblée générale des actionnaires le droit d'autoriser le liquidateur à faire en son nom tous les actes qui dépassent les pouvoirs d'un simple administrateur de la chose d'autrui? Cela semble éminemment rationnel: les actionnaires sont propriétaires; qu'on ne puisse disposer de leur bien sans leur assentiment, quoi de plus naturel? Dans cet ordre d'idées, le liquidateur ne pourra vendre, ester en justice, emprunter, transiger, compromettre sans l'autorisation de l'assemblée générale.

**228.** La question de savoir si une société anonyme peut être déclarée en faillite est controversée en France, pays dans lequel le législateur n'a pas tranché cette difficulté d'une manière décisive. Voici comment Renouard s'exprime à ce sujet:

" Qu'est-ce qu'une faillite sans failli? Comment appliquer toutes les dispositions de la loi concernant la personne des faillis? Une société anonyme est une association non de personnes mais de capitaux. Les mandataires à temps qui l'administrent sont révocables, associés ou non associés, salariés ou gratuits; ils ne sont responsables que de l'exécution

du mandat qu'ils ont reçu; ils ne contractent à raison de leur gestion aucune obligation personnelle ou solidaire relativement aux engagements de la société; ils voient expirer leur mandat par la déconfiture ou la faillite de leur mandant (articles 29 et suivants du code de commerce, 2003 du code civil).

" L'état vrai d'une société anonyme qui tombe dans l'impuissance de satisfaire ses engagements, c'est la liquidation, suite de la dissolution : liquidation qui amènera la perte totale ou partielle des capitaux associés. Mais une faillite avec le changement d'état qu'entraîne la perte de droits civils ou commerciaux qui y est attachée, une faillite qui suppose la déclaration du nom des faillis, la représentation de leur personne, leur emprisonnement en certains cas, me paraît un état impossible, si on veut l'appliquer non à des personnes réelles mais à des capitaux qui sont des choses. "

En Belgique, la controverse sur cette question est rendue impossible par l'art. 440 de la loi du 18 avril 1851, qui permet de faire constituer une société anonyme en faillite. M. Tesch, rapporteur de cette loi, justifiait en ces termes l'innovation introduite par l'art. 440 : " Il y a, disait-il, pour les créanciers d'une semblable société, un immense intérêt à faire liquider son avoir par un curateur qui est censé leur propre mandataire, qui opère sous la surveillance du tribunal de commerce, plutôt que par des actionnaires ou leur fondé de pouvoir, dont l'intérêt peut être parfois en opposition avec celui des créanciers ".

**229.** Les art. 29 à 36 du code de commerce énumèrent les conditions organiques que doit réunir une société pour être anonyme. Si l'une de ces conditions vient à manquer, et si la société n'est pas commerciale, la convention n'est pas nulle pour contravention aux articles 37, 40 et 45 du même code.

Les conditions de forme exigées par ces articles ne devraient donc pas être observées, si les parties avaient dérogé aux dispositions des art. 29 à 36, en adoptant une raison sociale, ou en déclarant les administrateurs personnellement responsables des engagements sociaux, ou bien en n'affranchissant pas des pertes les biens propres des associés, ou enfin en ne leur permettant pas de céder leur titre. Dans aucun de ces cas, la société ne serait nulle pour inobservation des art. 37, 40 et 45;

car elle ne constitue pas la société anonyme, telle que l'a imaginée le législateur, la seule à laquelle ces articles soient applicables. Il faudra considérer la convention comme une société collective, dans les rapports des associés avec les tiers. Ceux qui se seraient mêlés de la gestion, seraient indéfiniment et solidairement responsables envers les créanciers; il en serait de même des actionnaires restés étrangers à l'administration, si la clause qui les décharge de toute responsabilité n'avait pas été publiée conformément à l'art. 42 c. com.. Les intéressés peuvent, dans tous les cas, se prévaloir de l'inobservation des art. 42 et 43; en conséquence, les tiers ne sauraient être condamnés à l'égard de la société, à raison d'une obligation contractée envers le gérant. Quant aux associés en retard de verser leurs mises, ils pourraient aussi opposer la nullité de la société. Enfin les créanciers de la société n'excluraient pas les créanciers personnels dans la distribution des deniers de la communauté.

Nous croyons toutefois que le vœu de la loi serait satisfait, si les associés avaient affiché en entier l'acte de leur association conformément à l'art. 45. Il ne serait pas nécessaire que le contrat fût en outre publié par extrait, dans les termes de l'art. 43 : car l'art. 45 atteint d'une façon plus complète que ne le fait l'art. 42, le but que la loi cherche à atteindre.

**230.** L'absence d'autorisation du gouvernement n'entacherait pas non plus de nullité l'association constituée d'après les art. 29 à 36 c. com., si son objet n'avait rien de commercial; car, dans la pensée du législateur, la société anonyme est, avant tout, une société de commerce (infrà n° 276). Voici même ce qu'il y a de particulier dans l'hypothèse présente : le gérant n'est pas solidaire des engagements qu'il contracte en cette qualité; il n'en supporte que sa part sociale (art. 1862 c. civ.); il en est de même des autres associés. En second lieu le contrat de société ne doit pas être publié conformément aux art. 42, 43 et 45; il est valable dans toutes ses parties bien qu'il n'ait reçu aucune publicité. Les créanciers n'ont donc rien à réclamer des actionnaires qui ont stipulé qu'ils ne seraient point passibles des pertes sur leurs biens personnels. Les débiteurs de la société ni les associés ne peuvent se soustraire à leurs engagements en prétextant le caractère occulte de l'association (infrà nos 288 et 291). Enfin lorsqu'un tiers a

une demande à former contre la société, il faut qu'il assigne tous les associés quel que soit leur nombre. Sans cela, le jugement à intervenir ne pourrait être exécuté ni sur leurs biens propres, ni sur leur part dans l'actif commun; car, dans aucun cas, la société civile ne constitue une personne morale. Au contraire, lorsque la société est commerciale, l'absence d'approbation de la part du gouvernement ne peut être opposée aux tiers. Ceux-ci ont donc le droit d'assigner la société comme si son existence était régulière.

### § 2. *Des sociétés anonymes étrangères*

**231.** Jusqu'en l'année 1840, les sociétés anonymes étrangères, quoique non autorisées en Belgique, se trouvaient en possession du droit de poursuivre devant les tribunaux belges l'exécution des engagements contractés envers elles en Belgique. Mais vers l'année 1840, ce droit leur fut contesté par quelques tribunaux; et la cour de cassation elle-même, après leur avoir reconnu pleine capacité à cet effet par arrêt du 22 juillet 1847 (392), la leur refusa définitivement dans son arrêt du 8 février 1849 (221). Ce dernier arrêt fut prononcé en séance solennelle, à l'occasion d'une poursuite formée par une société française.

Le gouvernement belge s'émut de cette jurisprudence, qui jetait une perturbation profonde dans les relations commerciales établies entre la Belgique et les pays voisins; et, dans le but de régulariser la situation de fait dont les sociétés étrangères avaient jusque-là joui en Belgique, il présenta aux chambres un projet de loi qui devint la loi du 14 mars 1855.

Cette loi, dans son art. 1$^{er}$, autorise les sociétés anonymes commerciales, industrielles ou financières françaises à exercer tous leurs droits et à ester en justice en Belgique, toutes les fois que des associations de même nature, légalement établies en Belgique, jouiront des mêmes droits en France. Par l'art. 2 le gouvernement belge est autorisé à étendre, par arrêté royal et moyennant réciprocité, le bénéfice de l'art. 1$^{er}$ aux sociétés et associations de même nature existant en tout autre pays. Enfin l'art. 3 et dernier dispose que cette réciprocité sera constatée soit par les traités, soit par la production des lois ou actes

propres à en établir l'existence. Le gouvernement français, de son côté, désireux de mettre les sociétés françaises à même de se prévaloir des avantages résultant de cette loi, fit adopter par la législature de France une loi conçue dans les mêmes termes. L'art. 1er dispose, en effet: " Les sociétés anonymes et les autres associations commerciales, industrielles ou financières, qui sont soumises à l'autorisation du gouvernement belge et qui l'ont obtenue, peuvent exercer tous leurs droits et ester en justice en France en se conformant aux lois de l'empire [1]".

**232.** La cour de cassation de Belgique peut ainsi revendiquer l'honneur d'avoir signalé à l'attention des législateurs belges et français une lacune, inaperçue jusqu'alors, que présentait le code, et de les avoir mis en demeure de la combler. Il est vrai que l'existence même de cette lacune a été contestée. On a prétendu que la législation existante suffisait amplement à l'effet de permettre aux sociétés anonymes étrangères, reconnues uniquement par le gouvernement du pays dans lequel elles avaient pris naissance, d'exercer tous leurs droits en Belgique et spécialement d'ester en justice devant les tribunaux belges. Il fallait seulement que l'existence de la société anonyme fût régulière aux yeux de la loi étrangère. On a dit à l'appui de cette opinion, qu'en vertu d'un principe admis par toutes les nations civilisées, l'état et la capacité des personnes sont régis par les lois du pays auquel elles appartiennent; ce principe est formellement proclamé par le § 3 de l'art. 3 du code civil pour les Belges résidant en pays étranger, et doit, dit-on, nécessairement et par réciprocité, s'étendre aux étrangers qui se trouvent en Belgique. Or cette disposition peut être invoquée par les personnes morales étrangères aussi bien que par les personnes physiques étrangères; il n'y a pas lieu, en effet, de distinguer là où la loi ne distingue pas. Il suffisait donc que la société anonyme fût constituée à l'état de personne morale dans le pays étranger, conformément à la loi étrangère, pour qu'elle dût être admise à exercer en Belgique les mêmes droits que ceux en possession desquels elle se trouve dans le pays auquel elle appartient; ces droits, dont l'ensemble forme son statut personnel, la

[1] Voir l'exposé des motifs: D. P. 57. 4. 75.

suivent en quelques lieux qu'elle se rende [2]. D'un autre côté, l'art. 15 du code civ. permet à l'étranger de poursuivre les Belges, soit en Belgique, soit à l'étranger. Enfin l'on ne peut soumettre les sociétés anonymes étrangères à la nécessité de l'autorisation du gouvernement belge, par le motif que l'art. 37 s'occupe uniquement des sociétés anonymes à établir en Belgique, et que l'obtention de cette autorisation par les sociétés étrangères aurait pour effet de les transformer en sociétés anonymes belges [3].

**233.** Ces arguments ont été rencontrés dans une consultation rédigée par MM. Arntz et Bastiné, professeurs à l'Université de Bruxelles, et Bartels, avocat [4]; ils ont aussi été combattus par M. Leclerq, procureur général près la cour de cassation, dans un de ses réquisitoires [5]. Nous nous bornerons à présenter ici les considérations principales qui doivent les faire rejeter.

C'est à tort qu'on a voulu étendre aux sociétés anonymes, à des personnes morales, le principe de l'art. 3 c. civ., d'après lequel l'état, la capacité de toute personne, en dehors du pays auquel elle appartient, sont régis par la loi de ce pays. Le statut personnel, ce que l'on entend par là, ne se comprend qu'à l'égard des personnes physiques : c'est là un point qu'ont parfaitement établi MM. Arnts, Bastiné et Bartels.

Le statut personnel, d'après tous les auteurs tant anciens que modernes, embrasse des droits qui ne peuvent être exercés que par des êtres humains et non par des êtres fictifs, créations de la loi. Ces droits, Mullenbruch les résume dans les trois mots : *Libertas, familia, civitas.* Or il est certain qu'une personne morale ne peut être ni libre, ni esclave ; ni mineure, ni majeure; elle n'a pas de famille, ne jouit d'aucun droit politique.

En second lieu, les droits dont il est question ici, le pouvoir de s'obliger, d'obliger les autres, engendrant la faculté d'ester

[2] Cass. b. 22 juillet 1847. 404; Trib. de Gand 20 juillet 1846. D. P. 47. 3. 68; Cass. f. 1er août 1860; V. les considérations présentées à l'appui du pourvoi: D. P. 60. 1. 445.

[3] V. Consultation rédigée par M. Dollez, *Belgique judiciaire:* vol. 5, p. 1065; Réquisitoire de M. l'avocat général Oscar de Vallée : D. P. 63. 86.

[4] V. Belgique judiciaire, tome 4, p. 781.

[5] V. Pasicrisie, Cass. 1847, p. 398.

en justice, n'ont aucun rapport avec le statut personnel. En d'autres termes, l'article 3 du code civil n'existant pas, l'étranger ne pourrait pas moins valablement s'obliger envers un Belge, soit en Belgique, soit à l'étranger; et un étranger ne pourrait pas moins acquérir un droit réel ou personnel à charge d'un Belge, en deçà, ou au-delà de notre frontière. Dans le premier cas l'étranger, dans le second cas le Belge seraient justiciables des tribunaux indigènes. Aussi les art. 14 et 15 procèdent d'un ordre d'idées tout différent de celui d'où est issu l'art. 3. C'est qu'en effet, la faculté de contracter, d'acquérir, de s'obliger dépend moins du droit civil que du droit des gens. Il est permis à toute personne, quelle que soit sa nationalité, de stipuler d'un Belge et de le poursuivre devant nos tribunaux en exécution de l'engagement pris par lui; il faut le décider ainsi, quel que soit le statut personnel de la première, et quand même, par impossible, la loi de son pays lui défendrait d'acquérir et de contracter (un esclave, par exemple). Ce droit a dû être reconnu aux étrangers le jour où les progrès de la civilisation ont conduit les peuples à donner au mot *étranger* une autre signification que celle d'ennemi, et où les relations commerciales ont commencé à s'établir de nation à nation.

Cette distinction étant posée, faisons un instant abstraction de la loi du 14 mai 1855 et demandons-nous quelles sont les personnes qui peuvent contracter en Belgique, poursuivre leurs droits ou être poursuivies devant les tribunaux belges.

D'abord viennent les Belges, personnes physiques; puis les corps moraux indigènes reconnus par la loi : tels sont en premier lieu ceux que MM. Arents, Bastiné et Bartels appellent les corps moraux nécessaires, c'est-à-dire l'État, les communes, les provinces, ainsi que les institutions d'utilité publique, dépendances de l'État, par exemple, les hospices, les bureaux de bienfaisance. Tels sont ensuite les corps moraux accidentels, en général les sociétés de commerce régulièrement formées et spécialement les sociétés anonymes autorisées. Celles-ci peuvent contracter, s'obliger, acquérir des droits par l'entremise de leurs mandataires; elles peuvent être assignées devant les tribunaux belges dans la personne de ces mêmes représentants, parce que la loi belge les assimile aux personnes physiques

belges, qu'elle les appelle à jouir de l'existence civile et que la loi belge est obligatoire pour les tribunaux belges.

Quels sont maintenant les étrangers qui jouissent des droits que nous venons de reconnaître aux régnicoles? Ce sont d'abord les personnes physiques, et cela, non parce que la loi de leur pays leur permet de contracter, de s'obliger, d'acquérir, de poursuivre leurs débiteurs et d'être poursuivis par leurs créanciers devant la justice de leur patrie, mais seulement parce qu'ils sont revêtus de la forme humaine; là est leur titre unique, la seule base de leur droit.

En fait de corps moraux étrangers, les corps moraux nécessaires jouissent en Belgique de la capacité en question. Le motif en est que ces corps moraux sont reconnus par l'État belge, absolument comme la société anonyme indigène autorisée. Ils ont donc identiquement les mêmes droits et les mêmes devoirs que les individus physiques étrangers.

Quant aux sociétés anonymes étrangères, peuvent-elles, en cette qualité, exercer un droit quelconque en Belgique, quand elles ne sont pas autorisées par le gouvernement belge conformément au code de commerce? Non : elles n'ont pas, sous ce rapport, plus de droits qu'une société anonyme indigène qui se trouverait dans le même cas; elles n'existent pas. En vain objecterait-on qu'elles se sont conformées à la loi du pays où elles ont vu le jour; car les admettre pour ce motif à jouir de l'existence civile en Belgique, ce serait accorder à la loi étrangère une force et une autorité attentatoires au principe de la souveraineté nationale : la loi étrangère est une lettre morte pour le juge belge. En résumé, les sociétés anonymes, pour les tribunaux indigènes, ne se divisent pas en deux catégories, la première comprenant les sociétés nationales, l'autre les sociétés étrangères; le juge belge ne voit que des associations répondant aux conditions organiques déterminées par les articles 29 et suiv. c. com.; ont-elles obtenu l'approbation du gouvernement, il les admet à ester en justice; sinon, il les repousse, quelle que soit la nationalité de leurs fondateurs et quel que soit le pays qui les a vues naître, car il n'a devant lui que le néant. On ne peut donc pas dire que le rédacteur de l'art. 37 n'a songé qu'aux sociétés anonymes formées dans le pays; du reste, aucun des termes dont il se sert ne trahit chez lui

une telle préoccupation. Son attention s'est portée sur toutes les associations qui, fonctionnant en Belgique, se seraient donné la constitution tracée dans les art. 29 et suiv.. Et cette considération suffit à elle seule pour justifier tout notre système.

**234.** La loi du 14 mars 1855 est venue modifier cet état de choses. Lorsque le gouvernement belge, usant de la faculté que lui octroie cette loi, étend le bénéfice de l'art. 1er aux sociétés de même nature, légalement formées dans un pays étranger, la loi étrangère, réglant les conditions de formation des sociétés anonymes, devient obligatoire pour le juge belge; il doit examiner si ces conditions ont été observées par la société anonyme qui veut ester en jugement devant lui; et dans l'affirmative, il doit traiter cette société comme si elle était munie de l'approbation du gouvernement belge.

Admettons donc qu'il existe un pays étranger auquel l'État belge n'ait pas étendu le bénéfice de l'art. 1er de la loi du 14 mars 1855. Les sociétés fondées dans ce pays qui, par leur nature et leur organisation, seraient soumises en Belgique à l'approbation du gouvernement, ne peuvent exercer dans notre pays aucun droit, comme sociétés anonymes, si elles ne se sont conformées à l'art. 37 c. com.. Il faut, croyons-nous, régler les relations des tiers avec cette société et avec les actionnaires comme s'il s'agissait d'une société de même nature, formée en Belgique en dehors de l'autorisation du gouvernement. Car le juge doit l'apprécier exclusivement au point de vue de la loi belge.

**235.** Supposons que le gérant d'une telle société fasse une acquisition immobilière en Belgique au nom de la société, et que la transcription de l'acte ait lieu conformément à la loi de 1851; on ne pourra considérer la société comme propriétaire, puisque la société n'existe pas. Mais de là ne suit pas que le bien acquis puisse être regardé comme vacant et sans maître; s'il n'appartient pas à la société, il appartient du moins aux associés. Par conséquent, tous ceux qui pourront justifier de la possession de cette qualité par la production d'actions, ou de toute autre manière, seront copropriétaires de l'immeuble en question, quelle que soit leur nationalité (art. 2 c. civ.). De là résulte que, si le gérant a contracté certaines dettes sans l'autorisation des actionnaires et s'il n'est pas lui même actionnaire,

ses créanciers ne pourront saisir l'immeuble pour aucune partie. Encore moins l'État pourra-t-il appréhender ce bien comme s'il n'appartenait à personne.

**236.** S'il s'agissait d'une société anonyme formée en Belgique sans autorisation, on admettrait facilement que les tiers qui ont contracté avec le gérant, ne sont pas liés par leur engagement; ils peuvent invoquer la nullité de la société. Ils ne sont même pas liés envers les associés considérés comme individus et ceux-ci ne pourraient, chacun en ce qui le concerne, les poursuivre pour leur part. Il faut adopter la même solution à l'égard de la société étrangère non autorisée : car le juge belge doit supposer qu'elle a été fondée en Belgique, par cela seul qu'elle agit devant lui.

**237.** La société étrangère non autorisée ne peut, au nom d'un mandataire, poursuivre devant les tribunaux belges un droit qui lui appartient; car elle est nulle comme telle. En réalité, elle ne forme qu'une simple réunion de communistes, et lui permettre d'agir comme nous le supposons, ce serait violer le principe : Nul ne plaide par procureur. Mais rien n'empêcherait un ou plusieurs actionnaires, ou tous les actionnaires d'agir nominativement devant les tribunaux belges en revendication d'un droit commun, chacun pour sa part. On ne pourrait obtenir la nullité de la poursuite, sous le prétexte que la société est nulle : car la nullité de la société, comme être juridique, ne dépouille pas les associés des droits qu'ils peuvent avoir comme individus intéressés dans une même chose; or c'est en cette qualité qu'ils se présentent, et non comme mandataires de la société. Et même, s'ils avaient pris dans la poursuite la qualité de représentants de la société, le juge n'en devrait pas moins examiner la demande au fond, sauf à ne leur adjuger la chose demandée que pour la part qu'ils y ont, si la division est possible. Ainsi les associés peuvent certainement exercer une action en revendication contre un tiers détenteur d'un immeuble; et celui-ci ne pourra pas éluder une condamnation en excipant de la nullité de la société pour défaut d'autorisation. Mais si la nullité de la société ne peut être un motif d'annuler la procédure, elle peut fournir une raison péremptoire pour rejeter la demande au fond; ce serait le cas si

les associés réclamaient, en leur nom, leur part dans une obligation contractée envers le gérant comme tel; nous avons vu, en effet, que cette créance est nulle.

**238.** L'art. 42 dispose que la nullité de la société peut être invoquée par les tiers contre les associés, mais qu'elle ne peut l'être par ceux-ci contre les intéressés. Cet article est également applicable aux sociétés anonymes étrangères. Ainsi la société qui a une maison sociale, un gérant en Belgique, pourra être citée devant le juge de son domicile et en la personne de son représentant élu en vertu des statuts; et le jugement de condamnation, s'il en intervient un contre elle, sera exécutoire sur les biens qu'elle possède en Belgique. Le motif qui nous porte à admettre cette solution est toujours le même : il faut assimiler de tout point la société anonyme étrangère à la société anonyme créée en Belgique. Une société étrangère, opérant en notre pays, ne mérite évidemment pas plus de faveur que nos sociétés indigènes. Le juge belge, du reste, n'a pas à s'enquérir de la nationalité de ses fondateurs, du lieu de sa création; il n'a qu'à se demander si, par son organisation intérieure, elle est sujette à l'approbation gouvernementale; et, s'il résout cette question affirmativement, il doit lui appliquer toutes les règles auxquelles les sociétés anonymes sont assujéties en Belgique. Les cours d'Aix, de Paris et de Rennes [6] avaient commencé par décider la question qui nous occupe, dans un sens opposé à celui que nous venons d'indiquer. Mais la cour de cassation de France [7], réformant dans l'intérêt de la loi l'arrêt de la cour de Rennes, inaugura une jurisprudence nouvelle, sur laquelle les autres cours de France n'ont, depuis, cessé de modeler leurs décisions [8].

Le pourvoi contre l'arrêt de la cour de Rennes a été soutenu par M. le procureur général Dupin, dans un réquisitoire dont nous admettons évidemment la conclusion, mais dont nous hésitons à accueillir l'argumentation. M. le procureur général commence par assimiler la société anonyme non autorisée, établie en

[6] Aix 17 janv. 1861. D. P. 61. 2. 177; Paris 15 mai 1863. D. P. 63. 2. 84; Rennes 26 juin 1862. D. P. 63. 1. 214.

[7] Cass. 19 mai 1863. D. P. 63. 1. 218.

[8] Cass. 14 nov. 1864. D. P. 64. 1. 466; Amiens 2 mars 1865. D. P. 65. 2. 105; 2. 106; Paris 8 nov. 1865. D. P. 67. 2. 21.

France et y opérant au grand jour de la publicité, à une association religieuse nulle pour n'avoir pas été approuvée par décret impérial. Or, d'après la cour de cassation de France [9], dont il invoque la doctrine, une telle association, si elle ne présente aucun des caractères d'une véritable personne civile, constitue cependant entre ceux qui ont concouru à sa formation, une *société de fait* nécessairement responsable vis-à-vis des tiers des engagements qu'elle contracte.

Mais en considérant comme exacte l'assimilation invoquée par M. le procureur général, encore ne démontrerait-elle pas que la société anonyme étrangère non autorisée puisse être citée en justice dans la personne de son représentant. Car une association religieuse non reconnue n'est ni une société de commerce, ni même toujours une société civile; à aucun titre, elle ne forme donc une personne morale; elle constitue une simple réunion de copropriétaires, de personnes unies par une communauté d'intérêts. Certainement les associés peuvent tous s'obliger par l'entremise d'une tierce personne, lorsque celle-ci agit en vertu de pouvoirs suffisants; mais alors le créancier aura acquis, non pas une créance unique dont il pourra poursuivre le payement contre une personne unique, *la société*, représentée par le mandataire commun, mais autant de créances distinctes qu'il y a d'associés, de mandants. Il devra donc les poursuivre tous nominativement. Et ce n'est pas parce qu'on aura donné à cette agrégation d'intérêts contigus et parallèles le nom d'*association de fait*, que cette solution devra être modifiée. Qu'importe, en effet, le nom, si la chose, au fond, reste la même? On ne saurait, à l'aide d'un mot, ressusciter la personne morale que l'on vient de déclarer éteinte. Ainsi donc le tiers créancier n'a pas d'action collective contre l'association religieuse en question. Est-ce ainsi que M. le procureur général entend le droit qu'il accorde aux tiers d'assigner la société anonyme non autorisée? Nullement; son argumentation ne peut donc que compromettre la thèse qu'il défend.

La cour de Rennes avait invoqué l'art. 14 c. civ. à l'appui de sa doctrine. Cet article permet au Français de citer devant les tribunaux français l'étranger, même non résidant en France, pour l'exécution d'obligations contractées en France

[9] Civ. rej. 30 déc. 1857. D. P. 58. 1. 21.

ou à l'étranger. La cour avait prétendu que cette disposition concerne exclusivement les personnes physiques, et non les personnes morales étrangères. M. le procureur général s'attache à combattre cet argument. Mais cette entreprise ne tourne pas à l'avantage de sa cause, ainsi qu'on va le voir; il se fait même l'apôtre d'un véritable sophisme. Voici le raisonnement de M. Dupin: L'art. 14 n'enlève pas au Français le droit d'actionner son débiteur étranger devant les tribunaux étrangers. Or, s'il choisit cette voie, il assignera l'étranger tel qu'il est, c'est-à-dire soit comme personne physique, soit comme personne morale. D'autre part, l'art. 14 ne fait que donner au Français le choix entre la juridiction française et la juridiction étrangère; il lui permet donc de faire en France ce qu'il pouvait valablement faire devant les tribunaux étrangers. Par conséquent le défendeur reste en France ce qu'il était devant la justice de son pays, une personne physique ou une personne morale, suivant les cas. Dans l'espèce, le Français a contracté avec une société anonyme étrangère; il pourra donc l'assigner devant les tribunaux français, bien qu'elle ne soit pas autorisée en France. Cette argumentation est habile; mais on ne tarde pas à découvrir le vice du système; il croule par la faiblesse de sa base. Certainement l'art. 14 n'a pas pour effet d'enlever au Français le droit d'exercer à l'étranger une faculté que lui accorde la législation étrangère; mais c'est par le bon motif que le législateur français n'a pas à s'inquiéter de la législation étrangère; il ne statue qu'à l'égard de ce qu'il croit devoir permettre ou défendre dans les limites du territoire français. Mais on ne saurait s'appuyer sur cette vérité incontestable pour soutenir que le législateur français accorde au Français le droit de poursuivre en France les personnes morales étrangères, par la seule raison que ce Français peut les citer devant la justice de leur pays: car le législateur indigène ignore complètement ce que permet ou défend le législateur du pays voisin. Pour lui, l'univers s'arrête aux limites du territoire sur lequel s'étend sa puissance. Du reste, la proposition que M. le procureur général prétend établir et qu'il établit si peu, paraît assez invraisemblable par son seul énoncé et pèche sensiblement du côté de la logique. Permet-on, en effet, de faire

chez soi une chose déterminée par le motif qu'on ne la prohibe pas chez autrui ?

Nous croyons donc que M. le procureur général a été assez malheureux dans le choix de ses arguments, et la thèse qu'il soutient serait bien à plaindre si elle n'en avait pas de meilleurs à son service. Ainsi que nous le disions en commençant, il faut assimiler à la société anonyme créée en Belgique, la société de même nature formée à l'étranger, lorsqu'elle agit dans notre pays et veut y exercer les actes de la vie civile. Du reste, quoi de plus rationnel ? En quoi une société mérite-t-elle d'être traitée d'étrangère lorsqu'elle a été contractée à l'étranger, lorsque ses fondateurs sont étrangers ? Une société anonyme peut-elle bien appartenir à une nationalité quelconque, à une patrie déterminée, elle qui est essentiellement impersonnelle, elle qui n'a pas de nom humain, qui n'est rien de plus qu'une fiction? N'est-elle pas de tous les pays, de toutes les nations, elle dont les actionnaires se trouvent dans tous les lieux, dans toutes les parties du monde, et ne doit-elle pas dès lors observer la loi de chacun des pays dans lesquels elle a la prétention d'opérer ?

**239.** La société en question étant nulle en Belgique malgré l'observation de la loi étrangère, les propriétés qu'elle possède dans ce pays constituent le gage des créanciers personnels des associés ou actionnaires, aussi bien que celui des créanciers de la société.

Il faut également admettre que ces actionnaires sont personnellement responsables de l'exécution des engagements de la société. Ainsi, lorsqu'une société anonyme créée dans un pays auquel la loi de 1855 n'a pas été étendue, s'établit en Belgique sans autorisation, y fonctionne de fait, y possède un siége social, un gérant, les régnicoles détenteurs d'actions peuvent être poursuivis solidairement en payement des dettes contractées par elle (suprà n° 222).

Cette société pourra aussi être déclarée en faillite en Belgique. La faillite sera prononcée par le tribunal dans l'arrondissement duquel se trouve son principal établissement (conf. Paris 23 déc. 1847. D. P. 48.2. 3.) [10].

[10] Voici ce qu'on lit dans le projet de révision du code de commerce, titre des sociétés :

## IV. Des associations en participation

**240.** Avant d'étudier les associations en participation au point de vue de notre question, nous avons à déterminer le caractère qu'elles revêtent dans la législation moderne.

Dans l'ancien droit, la société anonyme était contractée en vue d'une seule et unique opération de commerce, ordinairement un acte d'achat, et, pour cette raison même, elle était inconnue des tiers et dépourvue de raison sociale (suprà n° 30). La société anonyme, en passant dans la législation moderne, change de nom mais conserve sa nature propre. La preuve de ceci résulte des déclarations faites dans le cours de la discussion du code de commerce.

Dans la séance du conseil d'État du 20 janvier 1807, on discutait le genre de preuves pouvant établir l'existence d'une société en participation. Un arrêt de la cour de cassation ayant été cité, Defernon ajouta ce qui suit : " Ceci conduit à penser que peut-être il conviendrait de rendre plus exactes les définitions contenues dans l'art. 48, afin qu'on ne pût jamais confondre la société en participation avec la société ordinaire. Il faudrait dire qu'indépendamment des sociétés énoncées dans l'art. 20, la loi reconnaît *la société entre plusieurs pour une seule affaire.* "

Dans la séance du 20 mars, les sections réunies présentèrent les observations suivantes :

" Art 47. On s'est d'abord demandé pourquoi les asso-

" Art. 81. Les sociétés anonymes et les autres associations commerciales ou financières, constituées et ayant leur siége en pays étranger, pourront faire leurs opérations et ester en justice en Belgique.

" Art. 82. Toute société dont le principal établissement est en Belgique est soumise à la loi belge, bien que l'acte constitutif ait été passé en pays étranger.

" Art. 83. Les articles relatifs à la publication des actes et des bilans, et l'article 58 sont applicables aux sociétés étrangères qui fonderont en Belgique une succursale, ou un siége quelconque d'opérations.

" Les personnes préposées à la gestion de l'établissement belge sont soumises à la même responsabilité envers les tiers que si elles géraient une société belge."

ciations en participation n'avaient pas été comprises, comme un quatrième genre de société, dans l'art. 20, et l'on a reconnu qu'il y en avait eu une juste raison. C'est que l'association en participation n'est qu'un marché d'un moment, relatif à quelque opération passagère, et qu'en cela elle diffère de la société dont le lien plus durable forme entre les associés une communauté d'intérêts continus.

" Pour mieux faire ressortir à cet égard l'intention et les motifs de la loi, on pense que cet article et tous ceux où il est question des associations en participation, doivent être reportés à la fin du titre pour former une classe à part... "

Cette proposition fut accueillie.

De son côté, Regnaud de Saint-Jean d'Angély, présentant au Corps Législatif la rédaction définitive du titre des sociétés, s'exprimait ainsi :

" L'ordonnance de 1673 semblait ne reconnaître que deux sociétés : la société générale et la société en commandite; encore les règles de cette dernière étaient-elles mal établies.

" Les rédacteurs en avaient ajouté deux autres : la société par actions et la société en participation, et ainsi en reconnaissaient de quatre sortes. Nous les avons réduites aux trois premières parce que la société en participation, n'étant qu'*un acte passager*, qu'une convention qui s'applique à *un objet unique* et ne repose pas sur les mêmes bases, ne peut avoir les mêmes résultats que les trois autres genres d'associations ".

Enfin le tribun Jard Panvillier, dans son rapport au Corps Législatif, disait :

" Enfin la loi reconnaît aussi une espèce de société qu'on appelle association en participation; mais, comme cette association n'est que momentanée, qu'elle n'a pour objet qu'un petit nombre d'opérations déterminées et qu'elle se règle par les conventions des parties, elle n'est point sujette aux formalités prescrites pour les autres sociétés. "

C'est conformément à toutes ces déclarations que les art. 47 et 48 c. com. disposent : " Indépendamment des trois espèces de sociétés ci-dessus, la loi reconnaît les associations en participation. Ces associations sont relatives à une ou plusieurs opérations de commerce; elles ont lieu pour les objets,

dans les formes, avec les proportions d'intérêt et aux conditions convenues entre les coparticipants ".

Bien différente est la rédaction de l'art. 22. Cet article dit en effet : " La société en nom collectif est celle que contractent deux personnes ou un plus grand nombre et qui a pour objet de *faire le commerce* sous une raison sociale ".

**241.** Ainsi donc les caractères de la société anonyme de l'ancien droit (suprà nos 28 et s.) se retrouvent dans la participation du droit moderne; cette dernière diffère radicalement de la société collective; son existence est limitée à la durée de l'opération en vue de laquelle elle est formée; elle n'a rapport qu'à un acte passager et, pour ce motif, elle peut se passer de raison sociale et de publicité. La société collective, au contraire, " a pour objet le commerce, l'exploitation d'une branche d'industrie, une communauté d'intérêts continus; elle embrasse tous les faits prévus et non prévus que peut amener le mouvement des affaires[1] "; son existence peut durer aussi longtemps qu'il plaît aux parties de la prolonger.

**242.** L'art 48 c. com. ne semble-t-il pas contraire à ce que nous venons de dire, lorsqu'il dispose que l'association en participation peut être relative à une ou plusieurs opérations de commerce déterminées? Nous ne le pensons pas; il faut entendre cette disposition en ce sens que les opérations multiples dont il parle soient dès à présent certaines; il faut que leur naissance ne dépende pas des chances de la fortune ou de la volonté capricieuse des tiers; en un mot, il faut que leur réunion ne puisse pas être considérée comme l'exercice d'un commerce déterminé. Ainsi l'association formée en vue de construire trois vaisseaux de commerce commandés par un particulier est une participation. Il y aurait société collective si on se proposait de construire des vaisseaux de commerce pour les vendre à ceux qui se présenteront. Ces associations sont cependant relatives, toutes les deux, à plusieurs actes de commerce. Mais elles diffèrent entre elles en ce que, dans le premier cas, les opérations sociales n'ont rien d'aléatoire, elles sont la suite d'un marché conclu d'avance et leur nombre est limité; dans le second cas, la vente des vaisseaux à construire, qui seule constitue la réalisation du but social, est un fait incertain qu'il ne

[1] DELANGLE, n° 606.

dépend pas des associés de faire naître, et dont la reproduction incessante et continue forme l'exercice d'un commerce spécial.

D'après cela, l'exploitation d'un brevet d'invention ne saurait, selon nous, faire l'objet d'une association en participation, malgré le sentiment contraire de Pardessus (n° 1046). Car la société se propose, dans cette hypothèse, une série de faits de même nature, si l'on veut, mais dans lesquels on rencontre précisément l'élément aléatoire et incertain qui forme le caractère du commerce. Exploiter un brevet d'invention n'est autre chose, en réalité, qu'exercer une certaine branche de commerce ou d'industrie sous la protection d'un monopole.

**243.** L'organisation de la société collective est soumise à des formes rigoureuses dont l'inobservation est une cause de nullité. Entre autres conditions, elle doit être dressée par écrit et doit être publiée conformément à l'art. 42. La société en participation, au contraire, n'est astreinte à aucune forme particulière; elle peut donc être prouvée par témoins, elle n'est sujette à aucune condition de publicité.

On le comprend sans peine, les associés, dans certains cas, auront un immense intérêt à faire considérer leur société comme une participation plutôt que comme une société collective. Cet intérêt se présentera chaque fois que les parties auront négligé les formes dont nous venons de parler. Lorsque l'un des associés demande la nullité de la convention pour cette raison, la société sera sauvée si l'autre associé peut faire décider par les tribunaux qu'il y a simple participation. Dans la même hypothèse, l'existence de la convention sociale étant contestée, la preuve orale sera admissible.

Eh bien, le pouvoir des tribunaux se trouve renfermé dans d'étroites limites. Ils doivent s'inspirer exclusivement des principes que nous venons d'exposer; ils doivent s'attacher au fond des choses, et toutes les subtilités des parties ne peuvent arriver à affranchir leur convention des règles qui lui sont particulières. Ainsi supposons que plusieurs personnes aient contracté une société en vue de se livrer à un commerce déterminé pendant un temps convenu. Ce n'est point parce qu'elles auront pris soin de soustraire leur convention à la connaissance des tiers, d'opérer toujours en leur nom personnel, sans jamais faire allusion à leur intérêt collectif, qu'on devra con-

sidérer la société comme une participation et l'apprécier au point de vue des principes de la participation. Par la nature des opérations que la société en question se propose, elle rentre dans la classe des sociétés en nom collectif, et les parties ont dû, sous peine de nullité, observer toutes les règles qui gouvernent ce genre d'associations.

**244.** Au point de vue rationnel, le soin que met le législateur à réprimer tout empiètement de la participation sur le domaine de la société collective, se comprend parfaitement bien.

Le législateur a jugé et la raison enseigne qu'il est du plus haut intérêt pour le bien-être général, que les sociétés qui se proposent de se livrer au commerce, fassent connaître au public le détail de leur organisation intérieure. Les sociétés constituent, en effet, les agents les plus actifs, les plus énergiques du commerce; augmenter leur crédit, c'est donc favoriser le développement du négoce. Or c'est assurément accroître le crédit d'une société que de la forcer à se dévoiler au public; car les tiers savent alors que, lorsqu'ils traitent avec un associé, ils n'ont pas seulement celui-ci pour débiteur : ils ont une action solidaire contre tous les associés, et l'avoir commun forme leur gage spécial. La loi prescrit donc la publication de toutes les clauses que le public a intérêt à connaître, et, afin d'assurer l'exécution de cette volonté, elle accorde aux intéressés le droit de poursuivre la nullité de toute société irrégulière. Mais la raison l'indique, il faut excepter de cette règle les associations qui ont en vue une ou plusieurs opérations de commerce seulement, parce que ces associations sont le plus souvent toutes fortuites, toutes accidentelles; elles n'ont rien de prémédité; elles sont conclues par des personnes que le hasard rapproche, dans des circonstances telles que les parties n'auraient pas le temps d'observer les formalités de l'art. 42. Les soumettre à ce régime, c'eût donc été les rendre impossibles et proscrire un genre de sociétés qui s'impose au législateur par la force même des choses, qui constitue l'une des formes les plus usuelles de l'activité commerciale. Telle est la base rationnelle de la distinction introduite par le législateur entre les sociétés qui se proposent une série indéfinie, illimitée d'actes commerciaux, et celles qui se livrent à une ou plusieurs opérations déterminées d'avance. Or, si les tribunaux ont la

mission de faire respecter la volonté du législateur, ils doivent maintenir, de la manière la plus absolue, la règle qu'il a tracée, et n'autoriser l'exception que lorsque la matière elle-même le permet. Ils ont donc à examiner le fond des sociétés et nullement l'apparence, le nom que les parties ont jugé bon d'adopter; ils doivent scruter la nature des opérations sociales; et s'ils ont acquis la conviction que les associés ont voulu exploiter, dans son ensemble, une branche quelconque du commerce, ils doivent se montrer impitoyables, quand même les parties auraient déguisé leur société sous une forme qui ne lui appartient pas; car, loin qu'il y ait dans ce déguisement une raison d'indulgence, il constitue précisément la fraude que le législateur a jugée préjudiciable aux intérêts généraux et qu'il a voulu prévenir [2].

[2] De nombreux arrêts en France ont depuis longtemps consacré cette doctrine (DALLOZ, v° *Société*, n° 1606). Voici quelques extraits de ces décisions : " On ne peut considérer comme une simple association en participation une entreprise qui embrasserait des rapports d'affaires multipliés, des opérations successives et qui devraient se continuer pendant quatorze ans " (Bordeaux 31 août 1831).

" Cette sorte d'association ne pouvant être relative qu'à une ou plusieurs opérations déterminées de commerce, dont l'objet existe au moment de la convention, et non à une série d'opérations dont l'objet serait l'exercice d'une branche de commerce en général, qui, en établissant entre les associés une communauté d'intérêts continus, constituerait une société en nom collectif " (Grenoble 9 juillet 1831, DALLOZ, *ibid.*).

" Attendu que les stipulations précédemment indiquées ne sauraient convenir à une société en participation, qui doit être limitée quant à son objet, par le nombre et l'étendue des opérations en elles-mêmes, quant à sa durée, par le temps nécessaire pour accomplir ces opérations, qui n'a pas d'assiette et cesse d'exister dès que l'affaire particulière pour laquelle elle est formée est finie, qui enfin n'établit entre les coparticipants que des rapports passagers, sans succession d'opérations, sans suite, etc. " (Caen 13 janv. 1831. DALLOZ, *ibid.*).

" L'association en participation ne peut avoir un siége, un nom, un être qui lui soit propre, ni embrasser cette suite indéfinie d'affaires et de rapports divers qui manifestent l'existence d'une maison commerciale " (Agen 4 juill. 1851. D. P. 51. 2. 230).

Conf. Colmar 23 juin 1857. D. P. 58. 2. 44.

Enfin la cour de cassation, dans un arrêt assez récent, il ne remonte qu'au 8 mai 1867 (D. P. 67. 1. 225) et c'est le dernier qu'elle ait rendu sur la matière, confirme un arrêt de la cour de Paris dans lequel la même thèse est affirmée de la manière la plus absolue :

" Considérant qu'il est de principe qu'une société qui embrasse dans un

245. Il s'en faut de beaucoup cependant que l'évidence de ces notions soit reconnue par tous les auteurs et par tous les tribunaux.

Dalloz, encouragé par les décisions d'un certain nombre de cours, adopte dans son *Répertoire* (nos 1609 et suivants) une doctrine aussi étrange que contraire à tous les monuments de la science. D'après cet auteur, le caractère de la société ne dépend pas de l'étendue plus ou moins restreinte assignée à son activité, il découle uniquement du degré de publicité que les associés ont bien voulu donner à son existence. Ainsi " peu importe qu'elle soit limitée à une ou quelques opérations déterminées ou, au contraire, qu'elle embrasse tout un en-

genre particulier d'industrie, toutes les affaires qui peuvent se présenter, constitue une société en nom collectif et non une société en participation; .... Que si l'association n'a pas pour objet une opération isolée, si elle offre en réalité le caractère de la société collective, l'omission de quelques formalités ou des stipulations contraires à l'essence même du contrat ne saurait la dénaturer, alors surtout que la convention est restée secrète ".

D'autres arrêts rendus par des cours françaises se prononcent cependant dans un sens contraire. D'après elles, il y a participation lorsque les associés n'ont pas adopté de raison sociale (Agen 23 nov. 1853. D. P. 5. 420. 14; Paris 1er juillet 1852. D. P. 55. 2. 20; Cass. 4 déc. 1860. D. P. 67. 1. 226), et lorsqu'il n'y a ni communauté d'action, ni fusion de capitaux, ni solidarité, ni siége social (Paris 1er juill. 1852, suprà; Cass. 4 déc. 1860, suprà). Cependant un arrêt de la cour de Rennes du 28 janv. 1856 (D. P. 56. 2. 182) admet l'existence d'une participation, bien qu'on ait mis plusieurs établissements en commun, qu'on ait établi un conseil d'administration, une comptabilité et un siége social, si l'exploitation de chaque établissement a lieu séparément et sous sa raison particulière. Moyennant ces conditions, il importe peu que les participants se livrent à " l'exploitation d'une branche de commerce non limitée soit dans son extension, soit dans la durée de ses opérations : la loi, ni dans son texte, ni dans son esprit, n'a établi aucune distinction de ce genre; et, à cet égard, une entière liberté est donnée aux associés en participation comme aux associés en nom collectif ou en commandite " (Agen 23 nov. 1853, suprà). La cour de Rennes dit de son côté : " Si telle avait été la volonté du législateur, il l'eût exprimée dans un langage qui eût pu facilement devenir plus précis et plus restrictif que ne sont les termes dans lesquels est conçu l'art. 48. c. com., et qui semblent au contraire avoir été calculés pour ne rien enlever aux conventions de la latitude qui pouvait favoriser le progrès du commerce et que pourraient rendre nécessaire ses développements ultérieurs " (Arrêt déjà cité, suprà; Conf. Bruxelles 27 nov. 1830. Dalloz, v° *Société*, n° 1618 3°).

La jurisprudence belge en général est contraire à notre opinion. D'après elle, il y a toujours simple participation et non société collective dès que les associés s'abstiennent de recourir à une raison sociale, quand même ils se seraient proposé d'exploiter une branche de commerce ou d'industrie spéciale,

semble d'opérations déterminées seulement par leur espèce; " elle constituera une association en participation, si les associés ont pris soin de ne pas adopter de raison sociale, de ne pas publier leurs conventions et d'opérer chacun en son nom propre. Et à l'effet de procurer à cette doctrine l'appui du droit ancien, Dalloz invoque l'autorité de Savary, que nous-même avons fait valoir au profit de la thèse opposée. Ainsi il constate que toutes les combinaisons diverses dans lesquelles Savary reconnaît la société anonyme, se font remarquer par un même signe distinctif : " Dans toutes, l'association reste occulte et ignorée du public; elle n'a d'effet qu'entre les parties contractantes et n'engendre aucune relation juridique

pendant un certain nombre d'années. Cela a été décidé ainsi par la cour de Bruxelles, le 4 mars 1826. 72 (location de bains à demeure et à domicile, et débit de boissons et de comestibles); le 10 mai 1827. 175; le 18 juillet 1829. 239.; le 29 mai 1830. 142; le 20 nov. 1830. 215 (commerce de vins); le 30 nov. 1831. 320 (commerce de charbons); le 6 mai 1836. 102; le 11 déc. 1841. P. 1843. 366 (transport ou voiturage de marchandises); le 20 avril 1842. 166; le 21 juillet 1846. P. 1851. 186 (achat et revente de pierres); le 13 avril 1848. P. 1849. 253 (exploitation d'une brasserie); le 22 juin 1860. 385 (exploitation d'une briqueterie); le 2 mars 1865. 67 (exploitation d'un commerce de boulangerie, de pâtisserie et de farines);

Par la cour de Gand, le 29 janv. 1852. 68;

Et par la cour de cassation le 2 déc. 1829. 310 (exploitation d'une imprimerie); et le 29 nov. 1831. 85.

Parmi les décisions de la cour de Bruxelles sur la matière, relevons un arrêt du 15 février 1851 (P. 107); il donne l'exemple de la confusion la plus absolue en fait d'interprétation de la loi. En effet, à en croire la cour, ce n'est pas par leur objet que le législateur a voulu distinguer les sociétés ; son unique préoccupation a porté sur la constitution même de ces sociétés et surtout sur le mode d'action de leur personnalité civile, c'est-à-dire, si nous comprenons bien, sur l'adoption ou l'omission d'une raison sociale ; d'un autre côté, " l'art. 48, qui porte que l'association en participation est relative à une ou plusieurs opérations de commerce, etc., n'est évidemment (??) qu'énonciatif et non pas exclusif de l'extension que le développement progressif du commerce et de l'industrie a dû nécessairement apporter à des conventions qui, dans leur origine, en Italie, n'étaient autrefois que passagères, nées du commerce maritime et de la ferme des revenus publics ". On ne saurait exprimer avec moins de détours l'opinion que le juge a le droit de changer la loi.

Voici quelques passages d'un arrêt, tout récent, de la même cour (10 mai 1869. P. 1870. 195). La convention, d'après la cour, ne réunissait pas les conditions essentielles requises pour la constitution d'une société en nom collectif : désignation d'un capital social, firme sociale, création d'un être moral distinct des associés; puis elle continue en ces termes : " Attendu que cette convention présente, au contraire, le principal caractère d'une association en partici-

entre le participant resté dans l'ombre et les tiers. " Cela est exact; mais les combinaisons dont Savary s'occupe, offrent encore un autre caractère que Dalloz affecte de ne pas apercevoir, malgré sa haute importance: ces associations ont toutes rapport à une seule opération de commerce. C'était précisément à cette circonstance que la société anonyme devait le privilége d'être affranchie de toute publicité, et que chaque associé était redevable de l'avantage de ne pas être tenu des faits de ses coassociés. Or le législateur n'a pas innové en cette matière. Le peu de développement donné aux articles 47 et 48 prouve même, à toute évidence, qu'il s'en est rapporté à

pation; qu'elle doit rester secrète vis-à-vis des tiers et que chaque associé doit agir isolément, sauf son recours contre son coassocié; qu'elle se renferme aussi dans les limites d'une association en participation, c'est-à-dire dans une opération de commerce déterminée (!!) puisqu'elle a pour objet l'exploitation de la restauration du Grand-Hôtel des familles à Blankenberghe pendant la durée du bail de trois, six ou neuf années consécutives, accordé à l'intimé, etc.

" Attendu, en fait, que les parties n'ont donné aucune publicité à leur association, soit par circulaires, soit par annonces dans les journaux;... que tout démontre que leur intention était de faire (!) une association en participation. "

Dès le moment qu'une pareille décision peut être considérée comme juridique, il faut avouer que les lois ne sont plus nécessaires; elles peuvent être remplacées avec avantage par les fantaisies les plus extravagantes de l'imagination.

Après une telle avalanche d'arrêts contraires aux principes, on est heureux de pouvoir en signaler d'autres, peu nombreux, il est vrai, qui leur rendent un légitime hommage.

" Attendu, dit la cour de Bruxelles (26 oct. 1858. 430), que l'association vantée aurait eu pour objet, non pas la vente d'un fonds de marchandises désigné d'avance par les parties, mais bien le commerce de certaines espèces de marchandises, c'est-à-dire une série illimitée, une succession d'opérations prévues et imprévues, nécessitées par les éventualités du négoce convenu. " (En outre, l'association avait une durée déterminée; elle devait courir depuis l'année 1855 jusqu'au 5 janvier 1858.)

" Attendu qu'une société qui a ce but, ne saurait être classée parmi les associations en participation; qu'en effet, il résulte du texte de l'art. 48 du code de commerce, ainsi que des discussions et des rapports qui ont précédé son adoption, que les sociétés de cette espèce ne peuvent avoir pour objet qu'un ou plusieurs actes déterminés de commerce; qu'elles sont momentanées et ne peuvent embrasser une série d'opérations, comme les autres sociétés commerciales, etc. "

Un autre arrêt de la même cour (du 12 janvier 1860. 274), rendu dans le même sens, est basé sur des raisons identiques. Le jugement du tribunal de Charleroi, sur l'appel duquel la cour eut à statuer, pose les vrais principes en cette matière, et l'on ne saurait mieux dire.

l'ancien droit du soin de suppléer à l'insuffisance de ces dispositions. L'association des art. 47 et 48 continue donc, comme par le passé, à ne pouvoir porter que sur un fait ou sur quelques faits de commerce isolés; et les précautions prises par les parties dans le but de dérober aux tiers la connaissance de la convention qui les unit dans une même communauté d'intérêts, ne forment pas ici un élément du débat.

Le système que nous combattons est surtout dangereux par les applications qu'on en fait: car, s'il suffit aux associés de ne pas avoir adopté de raison sociale, pour donner à leur convention la couleur et les effets d'une participation, leur société pourra se prouver par témoins, et tous les efforts que tentera un intéressé pour en obtenir l'annulation du chef d'inobservation de l'art. 42, demeureront nécessairement stériles. Ainsi donc, il dépendra des parties de braver la volonté impérative du législateur. Alors que celui-ci a soumis certaines conventions à un régime sévère, rigoureux, destiné à sauvegarder l'intérêt général, l'on pourra éluder ses prescriptions et violer la loi impunément? Et il se trouvera des tribunaux qui couvriront ces écarts de leur tolérance, qui les légitimeront, qui les consacreront de leur grave autorité! Cela est-il admissible? N'est-ce pas là une vraie anarchie juridique, le renversement des règles les plus reçues d'interprétation?

Nous ne pouvons assez insister sur l'énormité de l'erreur que nous signalons. On reconnaît que la société dont il s'agit, par la connexité de ses opérations, par l'imprévu qui les caractérise, mériterait d'être qualifiée d'association collective; ce qui lui manque, c'est la possession d'une raison sociale. Si les associés en avaient adopté une, oh! alors, ce serait bien différent : on pourrait appliquer à l'espèce toutes les conséquences résultant de l'inobservation de l'art. 42; on pourrait demander la nullité de la société pour défaut de publications; les associés ne seraient pas admis à en prouver l'existence par témoins. Mais maintenant que les associés opèrent chacun en son nom, la convention est inattaquable. Or ne voit-on pas que ce système tend tout simplement à biffer le dernier alinéa de l'art. 42? Il serait impossible, si cette doctrine triomphait, d'obtenir jamais la nullité d'une société quelle qu'elle fût, de quelque manière qu'elle procédât, quelque imprévues que fussent

ses opérations, dès le moment qu'il y aurait absence de raison sociale; il serait impossible d'en obtenir la nullité pour violation de l'art. 42, pour absence d'acte écrit. Et en effet, l'associé défendeur, s'autorisant du système de Dalloz, s'appuyant sur la jurisprudence de la cour de Bruxelles, répondrait à la demande : " Mais il n'y a pas société collective; de quel droit donc demandez-vous la nullité pour défaut de publications et d'acte écrit? Il y a simple participation, puisque nous n'avons pas eu recours à une raison sociale : donc dispense de publicité et d'écriture ". Et ce système ne manquerait jamais de se produire; en d'autres termes, l'art. 42, § 3, aurait disparu.

Ensuite, plus la loi aura été violée, plus la position des associés deviendra avantageuse. Supposez que les associés aient adopté une raison sociale, sans publier leur convention, qu'ils aient donc partiellement obéi à la loi; la société ne pourra, entre associés, être prouvée par témoins, la nullité pourra en être poursuivie. Mais supposez, au contraire, que la désobéissance des associés à la loi soit complète, qu'elle ait atteint son plus haut degré d'intensité; supposez qu'il n'existe pas même de raison sociale : un associé aura le droit d'invoquer la preuve orale contre son associé et celui-ci ne pourra lui objecter le caractère occulte de la convention, à l'effet de la faire déclarer nulle.

Concluons donc en disant qu'il ne peut dépendre des parties de donner à leurs conventions le caractère de société en participation : ce caractère dépend de règles exactement définies, de circonstances dont l'existence peut être facilement vérifiée. En cas de doute, il appartient aux tribunaux de démêler la vérité de l'erreur, de distinguer l'apparence de la réalité et de restituer aux sociétés leur physionomie véritable en scrutant leur nature intime [8].

[8] Le projet élaboré par la commission de révision du code de commerce, consacre, jusqu'à un certain point, le système adopté par la jurisprudence belge. Voici ce qu'il porte :

" Art. 66. L'association momentanée est l'association qui a pour objet de traiter, sans raison sociale, une ou plusieurs opérations de commerce déterminées. Les associés sont tenus solidairement envers les tiers avec qui ils ont traité.

" Art. 67. L'association en participation est l'association par laquelle une ou plusieurs personnes s'intéressent dans des opérations qu'une d'entre elles gère en son propre nom. Le participant qui s'est tenu dans les termes de cette

**246.** La définition de la société, telle qu'elle est formulée par l'art. 1832 c. civ., convient-elle à l'association en participation? Pour que ce contrat soit parfait, faut-il que les associés fassent un apport respectif? Il peut arriver que cet apport existe; mais il peut se présenter certains cas dans lesquels on ne le rencontre pas; et il n'y aura pas moins alors association en participation. En effet, l'art. 48 c. com. abandonne cette convention à la discrétion des parties. Le plus souvent même, l'association se résoudra en une communauté de profits et de pertes; ce sera là sa forme la plus habituelle. Ainsi un négociant fera un achat de marchandises de ses propres deniers et il les revendra sans aucune intervention de son associé. Mais quand sera venu le moment de balancer le résultat de ces deux opérations, celui-ci subira sa part dans les pertes, si le compte clôture en déficit, ou bien il prendra sa part dans les bénéfices, s'il s'en est produit.

Mais supposons que les associés soient convenus d'apporter tous les deux quelque chose en commun : en seront-ils copropriétaires vis-à-vis des tiers? La même question s'est

participation, n'a ni activement ni passivement d'action directe contre les tiers."

Le projet de loi assimile donc de tous points à l'association en participation du code actuellement en vigueur, se proposant un ou plusieurs actes de commerce déterminés, celle que plusieurs personnes contractent en vue de faire le commerce, de manière à tenir secrète pour les tiers la communauté d'intérêts qui les lie. Sous ce rapport, la définition que le projet donne de l'association en participation est nouvelle. Voici comment M. Pirmez la développe dans son rapport à la Chambre des Représentants (Documents parlementaires, session 1865-1866, p. 549): "Ces associations sont formées entre un négociant qui convient avec une autre personne de l'intéresser dans une opération, dans une série d'opérations, ou même dans un négoce continu. Celui qui dirige ces spéculations ou ce commerce, traite avec les tiers comme s'il agissait exclusivement pour son propre compte. Au dehors; rien ne révèle qu'il soit convenu de partager les résultats de ses marchés; ce n'est que dans les relations des intéressés, que la collectivité des intérêts se montre."

Cette association, aussi bien que l'association momentanée, est affranchie de toute condition de publicité. M. Pirmez justifie cette innovation en ces termes : "Il est inadmissible d'obliger aux formalités d'une publication de contrats, les négociants qui conviennent, même relativement à un négoce suivi, mais sans qu'il y ait jamais action collective vis-à-vis des tiers, d'une simple communication de bénéfices et de pertes".

M. Pirmez prétend de plus que cette forme d'association était connue de l'ancienne jurisprudence et se trouvait désignée par la dénomination de société anonyme. Ce que nous disons suprà n° 51 semble venir à l'appui de cette assertion.

présentée relativement à la société civile, et nous l'avons résolue affirmativement lorsque l'avoir commun ne s'est pas confondu avec la fortune particulière de l'un ou de l'autre des associés (suprà n° 75). Faut-il adopter ici la même solution ? Si les choses communes sont possédées par l'un des associés de telle manière que les tiers soient parfaitement avertis qu'elles forment le fonds d'une association existant entre celui qui les détient et une autre personne, les créanciers du premier ne pourront pas les saisir pour le tout, mais seulement pour la part revenant à leur débiteur. Ainsi supposons que l'association en participation soit telle que l'un des associés ait fait un apport immobilier et que l'acte de société ait été transcrit au bureau des hypothèques, notre décision lui sera entièrement applicable. Mais cette hypothèse se réalisera bien rarement : car l'association en participation est formée en vue d'opérations commerciales passagères et traitées avec rapidité; il n'est donc pas à croire que, pour arriver à leur but, les associés vont constituer un fonds commun immobilier. Les mises réciproques, s'il en existe, consisteront donc, ou bien en capitaux, ou bien en objets mobiliers, en marchandises.

Enfin M. Pirmez soutient que le système du projet n'est pas condamné par la loi actuelle. Celle-ci n'a pas voulu proscrire la simple convention ayant pour objet " la participation de gains et de pertes, contractée même en dehors des réunions passagères de commerçants ". Cette convention, dans le silence de la loi, est abandonnée à toute la liberté contractuelle des parties et ne tombe pas sous l'application des règles qui gouvernent les sociétés. M. Pirmez ne nous semble guère avoir réussi dans cette partie de sa démonstration.

Mais l'association en participation du projet ne sera soustraite à l'empire des lois qui régissent les sociétés collectives que si le lien qui unit les associés reste ignoré des tiers. " Si le voile qui les cache aux tiers se déchire pour les mettre en face des participants se présentant à eux comme des associés, la société remplace la participation. "

Une autre innovation du projet consiste à soumettre les membres de la société momentanée à l'action solidaire des tiers qui peuvent avoir traité avec l'un d'eux. Voici comment M. Pirmez justifie ce système : " Dans l'association momentanée, *tous* les associés traitent personnellement et directement avec les tiers. Ils acquièrent donc des droits et prennent des obligations pour lesquels ils peuvent actionner et être actionnés directement ". Au contraire, " dans l'association en participation, les participants ne traitent ni par eux-mêmes ni par mandataires. Les tiers ne les acceptent ni pour créanciers, ni pour débiteurs; aucune action ne naît donc contre eux. " Cependant les coparticipants du débiteur peuvent être poursuivis conformément à l'art. 1166 c. civ.

Si elles consistent en deniers, l'associé qui les reçoit de son coassocié, en devient évidemment propriétaire à l'égard de tous. Quant aux marchandises qu'il achète à l'aide de ces deniers, ou qu'il reçoit directement de son associé à titre d'apport, il en est encore propriétaire vis-à-vis des tiers. Il faut le décider ainsi, quand même ces objets ne se seraient pas confondus avec les biens propres de l'acquéreur, en vertu d'un usage de commerce déjà ancien et dont Savary lui-même atteste l'existence (n° 29). En cas de faillite de l'associé possesseur des effets achetés en exécution de la convention, l'autre associé a seulement le droit de concourir avec les créanciers "pour ce qui lui est dû, tant pour son fonds capital que pour les profits qui auraient été faits". Dans la même hypothèse, les objets en question forment en totalité le gage des créanciers de l'associé détenteur. Quant aux créanciers des autres associés, ils ne peuvent y prétendre; ils ont cependant le droit de concourir avec les premiers comme exerçant les droits et actions de leurs auteurs, conformément à l'art. 1166 c. civ.[4].

Sous le rapport que nous venons de signaler, l'association en participation s'écarte donc des règles générales en matière de société. Mais, à tous autres égards, nous pensons que ces règles lui sont applicables à défaut de convention contraire, car elle constitue une vraie société.

**247.** Entre autres dispositions du code civil, l'article 1846 conserve donc son empire. Par conséquent, l'associé en retard de verser sa mise, en devra les intérêts légaux de plein droit. Delangle (n° 617) partage cet avis. Dalloz (n° 1645) juge au contraire que l'art. 1846 n'est pas applicable en cette matière, et que l'étendue de la responsabilité civile de l'associé retardataire devra être fixée par les tribunaux en vertu des règles de droit commun. "Il n'y a pas de fonds social, dit Dalloz, pas de mise en commun: chacun des associés, nous l'avons vu, reste propriétaire de sa mise; il n'y a pas d'être moral qui puisse être considéré comme le créancier de l'associé

[4] Un arrêt de la cour d'Aix, confirmé par la cour de cassation le 19 juin 1826 (Sirey, vol. 8. 1. 364), reconnaît cependant aux coparticipants un droit de propriété sur les choses communes, de sorte que le créancier envers qui un coparticipant s'oblige, n'a d'action que sur la part qui reviendra à celui-ci après la liquidation et le partage de la masse commune entre les associés.

en retard; nous ne voyons donc pas à qui, ni en vertu de quel principe les intérêts pourraient être dus ". Que l'association en participation ne donne pas lieu à la formation d'un être moral, cela est certain, comme nous le verrons tantôt. Mais cette concession ne nous oblige pas à adopter la conclusion de Dalloz. Car nous n'admettons pas que la société civile constitue une personne morale distincte des associés, et cependant nous parvenons à expliquer l'art. 1846 en nous plaçant exclusivement au point de vue du droit individuel des associés (suprà nos 62 et s., 67).

**248.** L'art. 1846, 2e alinéa, dispose en outre que l'associé doit de plein droit les intérêts des sommes qu'il a prises dans la caisse sociale pour son profit particulier, à compter du jour où il les en a tirées. Pour les mêmes raisons, croyons-nous, cette disposition est applicable aux associations en participation. Ainsi supposons que je confie à quelqu'un une somme de 10,000 fr. afin de profiter d'une occasion avantageuse qui se présente de faire en commun un achat de marchandises pour les revendre. Si mon associé, au lieu d'exécuter la convention, consacre cette somme à l'acquittement de ses dettes particulières, il devra me payer non-seulement ma part dans les intérêts légaux, mais encore la somme représentant le préjudice que j'éprouve par suite de l'inexécution de la convention. Il importe donc assez peu, pour la solution de cette difficulté, que, dans notre hypothèse, il n'y ait pas de caisse sociale et que mon associé doive être considéré, au regard des tiers, comme propriétaire des deniers dont je lui ai fait l'avance. Car toute personne est responsable de la violation de ses engagements. Nous ne saurions donc approuver un arrêt rendu par la cour de cassation de France, le 11 mai 1857 (D. P. 57. 1. 303), en faveur de l'opinion contraire. Cet arrêt est fondé sur " ce qu'il n'y avait pas eu d'apport social, pas de caisse sociale, rien de spécial et de séparé constituant une individualité distincte de celle des associés. " Cependant nous ne pouvons nous rallier davantage à un arrêt de la cour de Rennes du 6 mai 1835 (Dalloz, v° *Société* n° 1647), qui semble pourtant donner raison à notre système. " Considérant, dit-il, que Brizou et les sieurs Lemême et Gaultier, étaient coïntéressés dans la pacotille de l'Union; que, sous ce rapport, ils étaient

associés en participation; — Considérant, d'autre part, qu'en cette double qualité, les dits Lemême et Gaultier deviennent de plein droit, aux termes des art. 1846, 1996 c. civ., débiteurs des intérêts de toute somme touchée par eux pour le compte commun, ou pour leurs mandants, et employée à leur usage personnel, et ce à partir du jour de l'emploi; — Considérant en fait qu'il est hors de toute contestation que la somme de..... assimilée par les arbitres à des retours de pacotille sur l'Union et dans laquelle ils ont apparti le sieur Brizou pour un principal de...., a été employée pour dépenses et réparations du navire, et par conséquent pour le profit et à l'usage personnel des dits Lemême et Gaultier, armateurs du dit navire et tout à la fois coïntéressés et mandataires du sieur Brizou, etc."

Cet arrêt méconnaît l'esprit de l'art. 1846. Cette disposition oblige, en effet, l'associé qui distrait une somme de la caisse sociale pour l'appliquer à ses besoins personnels, au payement des intérêts de cette somme, parce qu'elle suppose que, ces deniers étant nécessaires pour alimenter les opérations communes, pour concourir à la production de bénéfices, le fait de l'associé cause du dommage à la société. Il est donc évident que l'art. 1846 n'est plus applicable lorsque le but de la société est atteint, lorsque tous les bénéfices qu'on peut espérer sont réalisés, et qu'il ne reste plus pour le gérant qu'à rendre compte. Qu'importe, en effet, à la société que ce gérant fasse servir une partie de ces bénéfices à ses affaires particulières, dans l'intervalle qui le sépare du moment où il devra rendre compte? Il ne cause, en cela, aucun préjudice à ses coassociés. Et tel est bien le cas dans l'espèce. Car les deniers consacrés par le gérant à la réparation de son navire, ont été prélevés sur les sommes représentant des retours de la pacotille sur l'Union. Il faudrait décider autrement si, en vertu de la convention, les sieurs Lemême et Gaultier étaient tenus d'employer ces sommes à acheter des marchandises au lieu de destination, afin de les revendre à leur retour: car alors, ils auraient occasionné un dommage à la communauté. Mais l'arrêt en question ne relève par cette circonstance.

**249.** Nous avons maintenant à examiner la question de savoir si l'un des associés, quand il traite avec des tiers dans l'intérêt commun, oblige ses associés.

L'art. 1864 dispose : " La stipulation que l'obligation est contractée pour le compte de la société, ne lie que l'associé contractant et non les autres, à moins que ceux-ci ne lui aient donné pouvoir, ou que la chose n'ait tourné au profit de la société ". Nous avons à déterminer la part d'application qui revient à cette disposition dans la participation.

On peut dire, en règle générale, que chaque associé traite ici en son propre nom, sans mentionner son coassocié, sans faire la moindre allusion à l'association. Lui seul pourra donc, le cas échéant, être poursuivi en justice; cela est aussi équitable que juridique. En effet, le créancier n'a suivi d'autre foi que celle de l'associé qui a parlé au contrat; il n'a exigé d'autre gage que sa solvabilité. Cette solution était déjà admise dans l'ancien droit (suprà n° 30, note 5) [5].

Mais supposons que le gérant ait traité au nom de la société, c'est-à-dire en nommant ses associés. Ceux-ci seront-ils directement obligés envers le tiers créancier? Oui, si l'opération a tourné au profit de la société : car l'hypothèse rentre dans les termes mêmes de l'art. 1864 [6]. Que décider si l'opération se résout en pertes pour la société? Les associés absents sont liés, si on peut les considérer comme ayant donné mandat à l'associé présent. Mais cette supposition est-elle bien exacte en droit? S'il s'agissait d'une société civile, il faudrait répondre affirmativement, car l'acte en question est un acte d'administration, et, quand il s'agit de faits de ce genre, chaque associé est le mandataire tacite de ses coassociés. Peut-on étendre cette solution aux sociétés en participation? Nous aurions peine à le croire; car l'association en participation est un acte commercial; les règles qui la gouvernent doivent donc, en grande partie, être puisées dans l'usage. Or, depuis que ce genre de société fonctionne, il est reçu que chaque associé opère en son nom seul, en laissant ses associés dans l'ombre la plus complète. C'est au point que Savary et tous les auteurs qui depuis ont traité de la matière, ont toujours considéré la participation comme essentiellement occulte. On peut donc légalement admettre que tous ceux qui,

[5] Lyon 26 janv. 1849. D. P. 51. 5. 499; Bruxelles 18 nov. 1815. 527 et 28 juill. 1820. 203.

[6] Bruxelles 18 nov. 1815. 527.

sans agir eux-mêmes, s'engagent dans les liens de cette association, le font avec l'intention de demeurer protégés par une entière obscurité, et en défendant à leurs associés de trahir le secret de leur position, de les découvrir jamais dans les traités qu'ils passeront avec les tiers. En d'autres termes, si l'association en participation investit chaque associé du mandat de faire tout ce qui est utile à l'intérêt commun, elle ne lui confère cependant pas le droit d'obliger son coassocié.

**250.** Le tiers qui traite avec l'un des associés dans une affaire concernant l'intérêt commun, n'a donc en principe d'action directe que contre cet associé. Il peut saisir indistinctement tous les biens de celui-ci; mais son titre n'est pas préférable à celui de tout autre créancier du même débiteur. Il ne peut réclamer aucun privilége comme créancier de la société, car cette qualité lui fait défaut. D'abord il est simplement créancier d'un individu; ensuite la société n'existe pas comme personne morale distincte des associés. Et cela se comprend aisément: la société collective, la société en commandite constituent des personnes morales, et leur avoir est affecté exclusivement à l'acquit des créances sociales, mais c'est à la condition seulement que les parties aient rendu leur société publique; si elles ne l'ont pas fait, les créanciers sociaux ne seront pas préférés aux créanciers personnels, sur les biens communs. Ici non-seulement cet avoir commun n'existe pas, mais encore la société ne devait recevoir et, de fait, n'a reçu aucune publicité. Aussi le créancier, au moment où il contractait, ignorait complètement l'existence de la convention sociale. Or comment accorder à ce créancier un droit qu'il faudrait lui refuser si la société était collective ou en commandite[7]?

[7] Cass. f. 19 mars 1838. DALLOZ, v° *Société*, n° 1656, p. 743 :

" Attendu que si l'on peut considérer comme des êtres moraux les sociétés commerciales comprises dans l'art. 19 c. com. sous les noms de société en commandite, société anonyme, et société en nom collectif, c'est parce qu'elles sont accompagnées de formalités qui les font connaître du public, et sont représentées par une raison sociale, au nom et pour le compte de laquelle se font tous les actes;

" Qu'il n'en peut être de même des associations en participation qui, d'après les usages du commerce et l'ord. de 1673, auxquels il n'a pas été innové, n'ont aucune publicité, et dont la chose sociale, relativement aux tiers, est légalement la propriété de l'associé administrateur; qu'en effet, il résulte de l'ensemble des dispositions législatives ayant cette espèce d'association

**251.** Ces notions paraissent certaines; et cependant il se trouve des auteurs et des cours qui embrassent l'opinion contraire. Pardessus, entre autres, l'a développée dans une consultation à laquelle a adhéré Merlin [8]; et le sentiment de Merlin est partagé par Mallepeyre et Jourdain (p. 264), par Bravard (p. 88) et par Persil (p. 238).

La cour de Paris l'adopte également et voici en quels termes elle motive son opinion :

" Attendu que c'est évidemment dans la vue de favoriser les sociétés si utiles au progrès du commerce, que le législateur, par l'art. 50, a disposé que les associations commerciales en participation n'étaient pas sujettes aux formalités prescrites par la loi pour les autres sociétés, que ce qui a été fait en faveur de ces associations ne peut pas tourner contre elles; qu'au surplus les contrats de même espèce peuvent être soumis à des formalités différentes, sans que cette diversité change leur caractère et altère les effets qui en sont les conséquences; qu'il ne peut y avoir de société sans qu'il existe un être moral en dehors des individus qui la composent; que les choses mises dans l'association par un des associés cessent d'être sa propriété particulière pour devenir la propriété commune de l'association, que, dès lors, les créanciers de l'association n'ont pas seulement une action pure personnelle, mais une garantie réelle, en ce sens que le fonds social est leur gage; que les biens qui composent l'actif de cet être moral et complexe, sont tenus de ses dettes; que ce n'est qu'après qu'elles ont été acquittées, qu'il y a un partage à faire entre les associés; que, comme on ne peut transporter à

pour objet, qu'elle est essentiellement représentée vis-à-vis des tiers par l'associé administrateur qui traite avec eux en son propre et privé nom et devient leur débiteur direct, etc ".

Paris 17 nov. 1848. DALLOZ, v° *Société*, n° 1656. — Mêmes motifs.

Bruxelles 19 juill. 1848. 252. — La solution adoptée par cet arrêt se comprend d'autant mieux que l'association dont il s'occupe est une vraie société civile : elle avait, en effet, pour objet une entreprise de travaux publics.

Le projet de révision du code de commerce rend toute controverse impossible. Il dispose : " Art. 3. Il y a des associations commerciales momentanées et des associations commerciales en participation auxquelles la loi ne reconnaît aucune individualité juridique ".

[8] V. Sirey 31. 2. 202.

autrui plus de droits qu'on n'en a soi-même, les créanciers personnels de l'un des associés n'ont de droit à exercer, du chef de leur débiteur, qu'après que tous les créanciers de l'association ont été remplis " [9].

Dans une autre circonstance, la même cour ajouta: " Considérant que, s'il en était autrement, les créanciers d'une entreprise de fournitures en participation seraient à la merci des créanciers particuliers porteurs d'obligations personnelles du titulaire ou des participants, pour cause étrangère aux affaires sociales, inconvénient que le législateur a prévu et évité pour les sociétés commerciales ordinaires, et que nécessairement il a voulu éviter pour les associations en participation que la loi reconnaît aussi; etc. ". [10]

**252.** Les tiers qui ont contracté avec un coparticipant dans l'intérêt commun, ne sont préférés aux autres créanciers de celui-ci sur aucun des objets détenus par lui. Ils n'excluront donc pas les associés de leur débiteur lorsque ceux-ci viendront réclamer leur part dans les bénéfices. Pourquoi, en effet, établir une distinction entre ces derniers créanciers et tous autres ? Quel en serait le motif? La cour de cassation de France reconnaît cependant aux tiers dont il s'agit, un droit de préférence sur les valeurs représentatives des bénéfices, et elle n'admet pas les coparticipants à y rien prétendre avant l'acquittement intégral des dettes de l'association. Cette décision est fondée sur ce que les sommes avancées avaient profité à l'entreprise dans l'intérêt de laquelle elles avaient été déboursées, et que, dès lors, les bénéfices réalisés constituaient le gage du prêteur, en vertu de l'art. 1864 c. civ. [11].

Cet arrêt est, selon nous, entaché d'erreur. Car l'art. 1864 n'a pas le sens qu'on lui prête. Il ne dit pas que l'avoir social forme le gage des créanciers lorsque les sommes prêtées ont profité à l'association; il dit seulement que les coassociés de l'emprunteur sont, dans ce cas, tenus envers le prêteur jusqu'à concurrence de leur part dans le profit, ce qui est bien diffé-

[9] Paris 9 août 1831. DALLOZ, v° *Acte de commerce*, n° 210.

[10] Paris 26 juin 1824. DALLOZ, v° *Société*, n° 1655.

[11] Cass. f. 17 août 1864. D. P. 65. 1. 302.

rent, d'abord en théorie, puis en pratique. En pratique, voici ce qui arrivera : lorsque les coassociés de l'emprunteur sont solvables, le prêteur ne perdra rien; s'il n'est pas privilégié sur les bénéfices, il obtiendra du moins des coassociés eux-mêmes le payement de sa créance, jusqu'à concurrence de leur part dans le profit. S'ils sont insolvables, il peut exercer leurs droits et actions en vertu de l'art 1166 c. civ.. Or, comme ils ont contre leur coassocié une action en délivrance de ce qui leur revient dans les bénéfices réalisés, le prêteur pourra l'intenter dans son intérêt [13]; mais il devra partager le résultat de cette demande avec les autres créanciers de ces associés. On le voit donc, l'art. 1864 ne reconnaît au créancier dont il s'agit, aucun droit de priorité sur les associés de son débiteur, à l'endroit des bénéfices obtenus. Voilà ce que nous aurions à répondre à la cour de cassation, si cet article était applicable à l'espèce. Mais il n'a rien de commun avec notre hypothèse : car il suppose qu'un associé a contracté avec un tiers *au nom de la Société*, sans mandat de la part de ses coassociés. Dans ce cas, si l'opération a tourné au profit de la société, les associés sont liés envers le créancier. Mais si le gérant n'a pas déclaré qu'il opérait pour le compte commun, comme c'est le cas dans l'espèce, s'il a laissé supposer qu'il agissait dans son intérêt exclusif, les associés du gérant n'ont rien à démêler avec le tiers, quand même ils auraient profité du marché; car le créancier n'a pas suivi leur foi, il ignorait l'existence de l'association. Les coparticipants, dans notre hypothèse, concourront donc avec tous les créanciers de leur associé, quels qu'ils soient, sur les biens de ce dernier, en payement de leur part dans les bénéfices réalisés; et leur créance n'aura de réduction à subir que si l'actif du débiteur commun est insuffisant pour éteindre l'intégralité de son passif.

Lorsqu'en traitant avec un associé à raison des affaires communes, j'acquiers une créance contre lui, je ne pourrai pas actionner directement ses coassociés. Si, au contraire, c'est moi qui me suis obligé envers lui, ses coassociés ne pourront pas non plus me poursuivre par action directe : car je n'ai pas contracté avec eux; leur associé n'a pas stipulé en leur nom,

[13] Cass. fr. Req. 11 avril 1849. D. P. 54. 5. 719.

mais pour lui seul. S'ils agissent contre moi, c'est donc uniquement au nom de ce dernier, et ils auront à subir le concours de ses autres créanciers [13].

Nous avons supposé jusqu'ici que les membres de la participation ont observé, à tous égards, la loi de leur association : ils ont laissé le public dans la plus parfaite ignorance au sujet de l'existence de leur convention; ils se sont abstenus de lui donner la publicité prescrite par l'art. 42. c. com.; chacun d'eux a toujours opéré en son propre nom. Mais il peut arriver que les parties aient donné à leur association l'organisation d'une société collective, bien qu'elle ait pour objet une ou plusieurs opérations de commerce déterminées; en outre, les associés ont observé les formalités des art. 42 et 43 c. com.. Dans cette hypothèse, la question change complètement de face, et toutes les difficultés qu'elle soulève doivent être résolues comme si la réalité correspondait à l'apparence, c'est-à-dire comme si la société était constituée en vue de se livrer à une branche déterminée de commerce, considérée dans son ensemble. Les solutions que nous avons données sous la rubrique *Sociétés collectives*, devraient donc être reproduites ici. Et en effet, qu'importe aux tiers qui ont traité avec la société, que celle-ci ait limité son activité à certaines opérations nettement définies, exactement précisées d'avance, ou qu'elle ait résolu de s'appliquer à toutes les affaires qui se présenteront dans le cours de l'exploitation d'un négoce spécial? C'est là une préoccupation à laquelle le public doit rester entièrement étranger et qui n'intéresse que les relations intérieures des associés. Le seul devoir que la loi impose aux tiers, c'est de vérifier si la société avec laquelle ils entendent entretenir des relations d'affaires, jouit d'une existence publique régulière. Ce fait une fois constaté, ils sont à l'abri de toute inquiétude; et leurs intérêts méritent tout autant d'être protégés que si la constitution intime de la société répondait à sa structure extérieure.

Mais la société en participation ne serait une vraie personne morale et ne donnerait lieu aux diverses applications que nous avons indiquées, que si toutes les conditions légales exigées pour

[13] Bruxelles 28 nov. 1815. Dalloz, v° *Société*, n° 1663, 1e et 3e espèces.

la validité de la société collective avaient été observées. Ainsi, les associés se sont-ils bornés à opérer sous une raison sociale, sans publier leur société conformément à l'art. 42 c. com., ils seront tous tenus solidairement envers les créanciers, mais ceux-ci ne seront pas préférés aux créanciers personnels, sur les effets appartenant aux associés.

**253.** Si des coparticipants avaient contracté conjointement en se disant associés, ils seraient tenus solidairement à l'égard du créancier : car l'affirmative serait incontestable si la société, quoique non publiée et privée de raison sociale, était collective au fond. Or, aux yeux du tiers, les deux cas doivent se confondre; en effet, il n'est pas appelé à analyser la nature propre du contrat qui unit les parties. Le principe de l'obligation solidaire est inscrit dans la loi (art. 22 c. com); et cela doit lui suffire.

C'est en ce sens que statue la cour de Metz dans son arrêt du 29 nov. 1854 (D. P. 55. 2. 135). La solution adoptée par cette cour était d'autant moins douteuse, qu'au fond, il s'agissait dans l'espèce d'une société collective : les parties étaient associées pour faire le commerce.

**254.** Si la société avait un caractère purement civil, les associés ne pourraient être obligés solidairement, quand même ils auraient contracté conjointement. La société ne constituerait pas dans ce cas, à proprement parler, une participation; ce serait une société civile ordinaire. Il y aurait donc lieu d'appliquer simplement l'art. 1863 c. civ.. Aussi ne pouvons-nous approuver un arrêt de la cour de Colmar, rendu le 29 avril 1850 (D. P. 52. 5. 512. 18). La société dont il y est question, avait pour objet l'entreprise des fortifications de Belfort; et, malgré le caractère civil profondément accusé de ses opérations, la cour décide que les associés sont soumis à la solidarité. " Il en est ainsi, dit la cour, lorsque l'obligation a été contractée conjointement par les associés, et lorsque des sommes d'argent ou d'autres choses ont été versées dans l'avoir de la société et ont tourné à son profit. " Mais cette doctrine est directement contraire à l'art. 1864, qui suppose précisément qu'un engagement contracté par un associé a tourné au profit de l'association; et il résulte de la relation de cette disposition avec l'art. 1862 qui la précède immédiatement, que les associés du débiteur, même dans ce cas, ne sont obligés envers le créancier que pour leur part.

**255.** Mais l'association en participation eût-elle même été formée en vue d'une opération de commerce, les coparticipants qui auraient contracté conjointement, ne seraient pas tenus solidairement, s'ils avaient dissimulé leur qualité d'associés au moment du contrat. Car on ne se trouve plus dans les termes de l'art. 22; on n'est plus ici en présence d'un engagement de la société, puisque le tiers ignorait qu'il traitait avec des associés. Ceux-ci ne promettaient donc que pour leur propre compte; et, d'un autre côté, ils n'ont pas accepté d'engagement solidaire; or la solidarité ne peut résulter que de la volonté du législateur ou du consentement des parties. Nous ne voyons donc pas comment elle existerait dans l'espèce. Delangle (n° 604) la fait résulter des usages commerciaux: " Que dans le dernier cas, dit-il, il y ait solidarité, c'est la conséquence du principe invariablement appliqué dans les matières commerciales, qu'une opération commerciale faite sans division par plusieurs entraîne une obligation solidaire." Un tel usage, s'il existe quelque part, est tacitement condamné par l'art. 1202 c. civ.. Cet article n'admet pas que les lois et usages puissent déroger, en ce point, aux règles de droit civil, ainsi que l'art. 1873 le permet en matière de sociétés.

**256.** Revenons à deux points précédemment traités (n$^{os}$ 246 et 249). Nous avons vu que, lorsqu'il s'agit d'apprécier la participation dans ses rapports avec les tiers, il est vrai de dire que les associés ne sont pas copropriétaires des choses dépendantes de la société, et qu'ils ne sont pas mandataires les uns des autres à l'effet de s'obliger mutuellement. Mais ces deux propositions ne sont exactes que lorsqu'il s'agit d'une vraie société en participation; il faut donc non-seulement que les opérations en vue desquelles l'association est formée soient dès à présent certaines et déterminées, mais encore qu'elles soient commerciales. Si l'on ne pouvait reconnaître aux actes que l'association se propose aucun caractère commercial, les rapports des associés avec les tiers devraient être réglés comme en matière de société civile, quand même les parties auraient donné le nom de participation à leur convention: car on se trouverait bien effectivement en présence d'une société civile. Les associés seraient donc, aux yeux des tiers, copropriétaires de tout ce que l'un d'eux acquerrait au

nom de l'association (voir suprà nos 72 et 75), et ils se trouveraient liés par tous les actes émanés de leur coassocié et rentrant dans la catégorie de ceux déterminés par l'art. 1859 2°.

Aussi ne pouvons-nous admettre les conclusions adoptées par la cour de Paris dans un arrêt rendu par elle le 9 août 1831 [14]. Elle arrive à décharger les associés du gérant de toute poursuite du chef des dettes sociales, par le motif que l'association est une simple participation. Cette dénomination ne lui appartenait cependant pas, ses opérations étant foncièrement civiles, ainsi que cela résulte de l'exposé des faits que la cour elle-même se charge de nous faire connaître : " Considérant en fait, dit-elle, qu'aux termes d'un acte sous seing-privé, il a été formé une société entre Mouroult, propriétaire, Vautier, père, architecte, et Meslier, entrepreneur de maçonnerie, qu'il a été exprimé dans le contrat que les susnommés s'associaient en participation pour utiliser par des constructions les terrains et bâtiments appartenant à Mouroult et désignés au plan annexé, lesquels sont entrés dans la société pour une valeur de 800,000 fr., productive d'intérêts au profit de Mouroult; que Vautier et Meslier n'ont apporté à la société que leur travail et leur industrie; qu'après l'entière exécution des constructions et la vente de la totalité des maisons, il devait être procédé, en raison de la part attribuée à chacun des associés dans les bénéfices et dans les pertes, au compte général et définitif et au partage de la société; qu'il est stipulé par l'art. 14 que le prix de la vente de chaque maison serait employé d'abord à rembourser les frais de construction de cette maison; qu'il est dit dans le 17e article que l'acte ne serait pas publié, parce qu'il s'agissait d'une société en participation; que l'exécution des travaux est dévolue à Vautier et à Meslier, et la tenue de la caisse à Mouroult, etc. "

La société en question se propose donc de couvrir de bâtisses un terrain apporté par l'un des associés et de vendre ensuite les maisons ainsi construites. La question consiste donc pour nous à nous demander si une telle opération est commerciale. La négative ne nous semble pas douteuse. On ne fait pas, en effet, acte de commerce, soit en bâtissant sur

[14] DALLOZ, v° *Acte de commerce*, n° 210.

un fonds dont on est propriétaire, dans le but de vendre les habitations qu'on aura élevées, soit en vendant les maisons une fois construites. Car, quelque extension que l'on donne aux art. 632 et 633 c. com., on n'arrivera pas à trouver, dans la classification donnée par ces dispositions, une seule division dans laquelle on puisse ranger l'acte dont nous parlons. Et même si l'on ne considérait dans la société que le fait d'acheter des matériaux dans le but de les revendre sous forme de maisons bâties, encore faudrait-il lui refuser tout caractère commercial. On ne peut, en effet, rattacher ce fait à l'art. 632 qui porte : " La loi répute actes de commerce tout achat de denrées ou marchandises pour les revendre soit en nature, soit après les avoir travaillées et mises en œuvre, ou même pour en louer simplement l'usage. " Car incontestablement la loi suppose qu'après avoir été travaillées et mises en œuvre, les denrées ou marchandises méritent encore cette dénomination. Or est-il possible de voir dans une maison bâtie une denrée ou une marchandise ? Au reste, il faut, pour un autre motif encore, refuser tout caractère commercial au fait de bâtir une maison pour la revendre : si l'art. 632 pouvait recevoir cette interprétation, on devrait admettre que bâtir une maison pour en louer l'usage, constitue également une opération de commerce. Or assurément personne ne le prétendra.

La cour de Paris, nous l'avons dit, partage l'opinion contraire : " Considérant en droit, dit-elle, qu'il existe deux espèces distinctes de sociétés, les sociétés civiles et les sociétés commerciales; que cette dernière est régie par les principes généraux du droit civil et par les règles particulières au droit commercial; que, dès lors, il convient en premier lieu de caractériser la société dont il s'agit : que les art. 632 et 633 c. com. sont conçus dans un sens indicatif, qu'on ne peut assigner de limites absolues aux actes de commerce qui se renouvellent et se multiplient en raison des circonstances et des développements progressifs de l'industrie; qu'une entreprise de construction exige, de la part de ceux qui s'y livrent, une foule d'actes qui, dans leurs détails et dans leur ensemble, sont propres et familiers à ceux qui font leur profession habituelle du commerce; qu'ainsi une spéculation et

une société de ce genre ont un caractère commercial; que, s'agissant d'une opération particulière et déterminée, il en résulte que la société formée entre Mouroult, Vautier et Meslier a été justement considérée comme une association commerciale en participation, etc. " [15].

La cour semble voir un élément de solution dans la nature des actes accessoires émanés des associés et à l'aide desquels ces derniers se rapprochent du but général de la société. " Une entreprise de construction, dit-elle, exige de la part de ceux qui s'y livrent une foule d'actes qui, dans leurs détails et dans leur ensemble, sont propres et familiers à ceux qui font leur profession habituelle du commerce ". Mais, en supposant qu'il fût permis de raisonner de la sorte, encore ne suffirait-il pas qu'un acte fût propre et familier à ceux qui font leur profession habituelle du commerce, pour qu'on pût le considérer comme commercial; il faut en outre que le but auquel il tend ait lui-même ce caractère. Ainsi, acheter est certainement un acte familier aux commerçants de profession; mais de là ne suit pas que tout achat soit un acte de commerce et qu'en se livrant d'habitude et par profession à des opérations de ce genre, on devienne commerçant.

S'il est une application bien faite pour mettre en lumière le caractère exorbitant de la fausse doctrine que nous venons de combattre, c'est la suivante : les associés étant commerçants à raison d'actes qui cependant n'ont rien de commercial, peuvent être déclarés en faillite. Leurs biens et leurs personnes seront donc soumis au régime organisé par la loi sur les faillites. C'est ce qui est arrivé dans l'affaire dont s'occupe l'arrêt que nous venons d'analyser : Mouroult, reconnu comme le véritable gérant de l'entreprise, fut déclaré en faillite le 26 juillet 1826. A quoi servent donc les principes ?

**257.** Nous disions tantôt que l'association relative à une seule opération déterminée n'est pas une participation lorsque cette opération est purement civile, et que conséquemment les

[15] Conf. Metz 7 février 1822. DALLOZ, v° *Société*, n° 1660.

" Attendu que les premiers juges ont bien jugé, et de l'aveu même de toutes les parties, 1° qu'il y a eu société en participation pour l'entreprise des fortifications de la place de Metz entre Sturel et les frères Richard-Jacques; etc. "

associés, aux yeux des tiers, sont copropriétaires par indivis des choses mises en commun. Il faut cependant entendre cette proposition avec les restrictions qui résultent des lois réglant la transmission de certains biens. Ainsi, lorsque l'association est formée en vue de la revente d'un immeuble pour compte commun, cet immeuble restera, vis-à-vis des tiers, la propriété de celui qui l'a apporté, si l'acte de société n'est pas transcrit conformément à l'art. 1er de la loi hypothécaire. Mais ceci n'est pas une application des principes particuliers à la participation.

Un arrêt de la cour de cassation du 17 juillet 1861 semble cependant admettre l'opinion contraire, dans l'espèce suivante: Desvarannes avait formé avec Napias une association en participation pour la revente de terrains dont il s'était rendu acquéreur en son nom personnel. Napias n'ayant pu payer la somme de 70,000 fr. qu'il s'était obligé de verser à titre de mise, la société fut dissoute de commun accord. La dame Napias prétendit alors que son mari était devenu, par suite de l'association, copropriétaire des immeubles qui en faisaient l'objet, et elle poursuivit la licitation de ces biens en vertu de son hypothèque légale.

Il était évident que cette procédure ne pouvait aboutir, puisque Desvarannes n'était pas obligé personnellement envers la dame Napias; il n'avait contracté envers elle aucun engagement; elle ne pouvait exercer que les droits de son mari. Pour que la demande pût réussir, il fallait donc établir que celui-ci était copropriétaire. Or il ne pouvait l'être devenu qu'en vertu de l'acte de société, lequel n'avait pas été transcrit; et Desvarannes, à défaut même de tout créancier ayant intérêt à opposer l'absence de cette formalité, avait qualité pour s'en prévaloir. Il était donc inutile d'invoquer les principes de la participation, ainsi que le fait cependant la cour, à l'effet de repousser la prétention de la dame Napias. " Attendu, dit-elle, que si l'arrêt attaqué constate que Napias avait été associé de Desvarannes en participation, pour l'achat et la revente de terrains qui avaient appartenu au prince Lubomirski et à la demoiselle Chambellan, il constate aussi que Desvarannes n'avait admis Napias à cette participation que pour les bénéfices de la revente, et à la condition qu'il verserait dans la société une somme d'environ

70,000 fr. — que, se trouvant dans l'impossibilité de l'acquitter, Napias avait consenti à résoudre l'association en participation; Attendu que, d'après les faits ainsi constatés, il est établi que les terrains dont il s'agit n'avaient jamais été la propriété de Napias et que ces terrains n'avaient pu être affectés de l'hypothèque légale de la demanderesse etc. "

Les motifs sur lesquels la cour base sa décision font supposer qu'elle aurait jugé en sens inverse, si Napias avait réalisé la mise qu'il s'était engagé à fournir. Ainsi, dans cette hypothèse, ce dernier aurait été copropriétaire des immeubles apportés par Desvarannes, et sa veuve aurait pu exercer son hypothèque légale sur ces biens. Mais cela n'est pas exact. Napias, alors même qu'il aurait rempli son obligation, ne serait devenu copropriétaire que si la convention de société, stipulant que Desvarannes apportait certains immeubles en société, avait été transcrite au bureau des hypothèques. D'un autre côté, si cette formalité avait été accomplie, Napias serait devenu copropriétaire des immeubles en question, quand même il n'aurait pas effectué son apport, et ces immeubles auraient été grevés de l'hypothèque de sa femme.

**258.** La participation civile étant au fond une société civile, l'existence ne peut en être établie à l'aide de la preuve orale, lorsque la valeur du litige est supérieure à 150 francs.

## CHAPITRE III

## DE L'ALLIANCE DU DROIT CIVIL ET DU DROIT COMMERCIAL EN MATIÈRE DE SOCIÉTÉS

**259.** De tout ce qui précède, il résulte que des différences considérables séparent la société commerciale de la société civile. On les résume toutes en disant que la première constitue en général une personne morale, ce qu'on ne peut affirmer de la seconde. Il est donc important de déterminer les

caractères à l'aide desquels il est possible de distinguer l'une de l'autre ces deux catégories d'associations.

La société est commerciale lorsqu'elle se propose de se livrer à des actes de commerce. Et pour savoir quelles opérations se trouvent comprises sous cette désignation, il faut s'en rapporter aux art. 632 et 633 c. com.

Il n'entre pas dans notre cadre de présenter ici un commentaire complet de ces dispositions. Nous renvoyons, à cet égard, aux auteurs qui ont traité cette matière et chez lesquels on trouvera tous les éléments désirables de solution[1]. Nous ajouterons seulement que c'est à l'aide des art. 632 et 633 qu'il faut interpréter l'art. 529 du code civil. Ce sont ces dispositions qui doivent donner le sens des expressions " les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'*industrie* " contenues dans cet article. Toute société industrielle n'est donc pas une société commerciale et ne forme pas une personne morale. Pour qu'elle ait ce caractère, il faut que l'industrie qu'elle a pour objet, puisse être classée au nombre des actes de commerce énumérés par les art. 632 et 633.

[1] Une question controversée est celle de savoir si l'achat d'immeubles pour les revendre est un acte de commerce. On décide généralement ce point dans le sens de la négative ; par conséquent une société formée en vue d'opérations de ce genre ne serait pas commerciale et ne donnerait pas naissance à une personne morale distincte des associés.

Le projet de révision du code de commerce, titre des sociétés, amendé par la commission de la Chambre des Représentants, se prononce en sens contraire. On y lit, en effet, ce qui suit :

" Art. 1er. Les sociétés commerciales sont celles qui ont pour objet de faire des opérations de commerce.

" Les parties pourront par leur volonté rendre commerciales les sociétés dont l'objet est l'exploitation des mines, minières et carrières *et les sociétés dont l'objet est l'achat d'immeubles pour les revendre.* "

Mais le gouvernement propose la suppression des mots soulignés et il justifie cet amendement de la manière suivante :

" Tout notre système de propriété foncière et d'impôt en matière de mutation immobilière suppose que chaque immeuble appartient à une personne déterminée ; si, par exception à ce principe, on peut admettre que des sociétés commerciales deviennent propriétaires d'immeubles nécessaires à leurs opérations, il pourrait y avoir de sérieux inconvénients à ce que des sociétés se constituassent dans le but principal et exclusif de posséder des immeubles. "

(*Recueil général en matière d'enregistrement*, t. 22, année 1860, p. 22).

## I. DES SOCIÉTÉS CONTRACTÉES EN VUE D'EXPLOITER LES MINES

**260.** La loi du 21 avril 1810 déclare, dans l'art. 32, que l'exploitation des mines n'est pas considérée comme un commerce. Il en devait être ainsi dès le moment que les mines sont immeubles (art. 8). En outre, l'exploitation des mines, aux termes de l'art. 5, ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une concession accordée par l'État, et cette concession a pour effet d'attribuer au concessionnaire la propriété de la mine, ainsi que l'exercice de tous les droits résultant de la propriété. Or le propriétaire, lorsqu'il extrait de son fonds les produits qui s'y trouvent, ne fait pas acte de commerce: car il n'y a là rien qui ressemble à l'achat de denrées et de marchandises, effectué dans le but de les revendre, dont il est question dans l'art. 632 c. com.. Il ne fait pas davantage acte de commerce au moment où il vend les produits extraits, car ceux-ci n'ont pas été précédemment achetés. Il faut en dire autant de celui auquel le concessionnaire de la mine a conféré, moyennant redevance, le droit d'en extraire du minerai. En effet, au moment où le contrat se forme, le tiers n'achète rien du propriétaire; il n'achète certainement pas les produits qu'il extraira un jour; car ces produits, pour lors, n'existent pas indépendamment du fonds auquel ils adhèrent et dont ils forment une partie intégrante. A cet instant, il n'y a ni denrées ni marchandises, il y a simplement un immeuble productif de fruits d'une nature spéciale, que le locataire acquiert le droit de recueillir. De plus, en vendant ces produits après les avoir recueillis, il ne fait pas acte de commerce: car on peut aussi dire de lui qu'il ne les avait pas achetés auparavant. Il est semblable en cela au fermier de biens ruraux vendant au marché les blés qu'il a récoltés; or cette transaction n'a rien de commercial.

C'est ce qu'a reconnu la cour d'Aix en ces termes: " Attendu que cette exploitation, qui n'est que la réalisation des produits d'un immeuble ne change pas de nature alors qu'elle est faite par d'autres que les concessionnaires eux-mêmes; que cette dernière circonstance ne doit pas plus être prise en considération que s'il s'agissait de l'exploitation de

mine se trouve apportée par l'un des associés auquel elle appartenait. La spéculation, dans ce cas, est commerciale, selon lui, parce que l'objet en est essentiellement commercial, c'est-à-dire, mobilier, d'une transmission facile et ne réclamant pas l'application du droit civil. Voici comment il raisonne. Le concessionnaire, lorsqu'il exploite lui-même, ne fait pas acte de commerce, pas plus que celui qui fait valoir tout autre immeuble dont il est propriétaire. Mais il en est autrement " si, au lieu de l'exploiter lui-même, il vend la mine : car l'apporter dans une société, c'est la vendre; et si la société, dont le but unique est de vendre en détail ce qu'elle acquiert en bloc, adopte les formes réservées à la société commerciale. "

Ce raisonnement nous semble inexact. Delangle voit dans la convention d'apport une vente intervenue entre l'associé et la société. Nous n'aurons pas besoin d'insister beaucoup pour démontrer l'erreur dans laquelle il verse. Pour qu'il y ait vente, il faut un prix. Or, nous le demandons, où est-il ici le prix que l'associé reçoit de la société en retour de l'objet apporté? Nulle part. La vérité, c'est que la société, quand elle constitue un être moral, devient propriétaire des apports; mais, pour expliquer ce phénomène juridique, il n'est pas nécessaire de recourir aux principes de la vente; il suffit de se représenter les règles propres au contrat de société, lequel est translatif de propriété. La société est donc propriétaire; mais ce n'est pas en vertu d'un achat; c'est en vertu d'un titre tout différent; nous ne trouvons donc pas ici l'achat dans le but de revendre, exigé par l'art. 632 c. com.. Mais il y a plus : l'acquisition porte, dans notre hypothèse, non sur des objets mobiliers, des denrées ou des marchandises, mais sur un immeuble. Comment donc Delangle a-t-il pu dire que l'opération est essentiellement commerciale et mobilière?

Il est vrai que, lorsque les associés vendront le minerai extrait, la transaction intervenant à ce moment entre la société et les tiers sera mobilière; mais il n'en est pas moins vrai que cette transaction et l'acquisition de la mine affectent un caractère purement civil. Supposez, par exemple, que j'achète un terrain planté d'arbres, avec l'intention publiquement annoncée d'abattre ces arbres et de les vendre; si je donne suite à ce dessein, je n'aurai fait acte de commerce ni en acquérant le

fonds ni en aliénant les arbres; et cependant les arbres détachés du sol sont des objets mobiliers. Du reste, il est inexact de dire que la société a acquis dans le but de revendre : le travail de la société ne consiste pas seulement à vendre; il consiste à exploiter; car, pour qu'il y ait du minerai, il faut d'abord le produire, c'est-à-dire le détacher de la mine; et pour le détacher, on doit se livrer à des travaux souvent considérables, à des tranchées, à des excavations, etc.; or ces opérations nécessitent une grande dépense de forces et de capitaux. Celui qui achète une certaine quantité de marchandises pour les revendre en détail, fait acte de commerce parce que l'opération, pour lui, se réduit au fait simple de la vente; il n'a aucun travail préalable à effectuer; il n'a pour ainsi dire qu'à étendre la main. Au contraire, la société dont nous nous occupons doit commencer par produire ce qui n'existait pas; et voilà pourquoi elle ne saurait être considérée comme commerciale. Il est même si peu vrai de dire qu'elle a acheté la mine en bloc pour la revendre en détail, qu'à l'expiration de la société, la mine subsistera encore dans toute son intégrité légale et pourra former, comme aux premiers jours de la concession, l'objet d'une nouvelle exploitation sociale, d'une nouvelle convention d'apport.

D'après une certaine doctrine, la société minière devient commerciale lorsqu'on lui donne la forme de la commandite par actions. Ainsi supposons le capital divisé en actions nominatives ou au porteur; supposons en outre que les statuts déclarent que les actionnaires ne seront pas tenus des dettes sociales au delà de leurs mises de fonds; la société constituée d'après ces règles est commerciale, dit-on, car la société en commandite, seule avec la société anonyme, peut offrir le spectacle d'associés qui ne soient pas obligés indéfiniment envers les créanciers dans la proportion de leur part sociale, et la société civile ne se comprend pas sans l'engagement indéfini de la personne des associés. Tel est le sens d'un arrêt de la cour de Paris du 9 fév. 1843 [5]. Telle est aussi l'opinion de Delangle, n° 36. Mais, selon nous, les associés peuvent limiter comme bon leur semble la responsabilité qu'ils entendent supporter. Cette clause n'a rien de contraire à l'esprit de la

[5] Dalloz, v° *Acte de commerce*, n° 263.

société civile; c'est ce que nous espérons démontrer bientôt. Mais notre thèse fut-elle même inexacte, ce ne serait pas un motif pour déclarer commerciale une société dont les opérations n'ont rien de commercial; on pourrait tout au plus en conclure que l'organisation qu'il a plu aux parties de donner à leur association, est nulle.

**263.** Ainsi donc, en résumé, quelles que soient les hypothèses qu'on envisage, la société contractée en vue d'exploiter une mine n'est pas commerciale. Elle n'est pas justiciable des tribunaux de commerce; elle ne peut être déclarée en faillite; les associés ne peuvent l'être non plus. Elle offre cependant un point de ressemblance avec la société de commerce dont l'existence est régulière : elle constitue une personne morale et est censée seule propriétaire de la mine et de tout ce qui se rattache à l'exploitation. L'art. 8 de la loi de 1810 étend, en effet, aux sociétés de cette espèce le principe de l'art. 529 c. civ., qui répute meubles les intérêts ou actions dans les sociétés de commerce. Il faut donc faire à ces sociétés l'application de toutes les règles que nous avons exposées plus haut, lorsque nous avons développé le système de la personnification, tout en se rappelant que ces sociétés sont soustraites à l'empire des lois du commerce.

**264.** Si une société de mines constitue un être moral distinct de la personne des associés, il faut admettre que les créanciers de ces derniers n'ont pas d'action sur les biens qui composent l'actif social. Ainsi la femme d'un associé ne peut y prétendre un droit d'hypothèque, à raison de ses reprises légales. Un arrêt de la cour de cassation du 24 juin 1829 semble cependant décider le contraire. Mais il est fondé sur ce que la société ne comprenait que l'exploitation de la mine; " et il ne faut pas, dit l'arrêt, confondre l'exploitation avec le fonds proprement dit, une société d'exploitation ne comprenant essentiellement que ce qui tient au travail, à l'industrie, ce qui est livré par le travail à la circulation, à la consommation; une association ainsi entendue et ainsi limitée ne pouvait, dans aucun cas, nuire à l'hypothèque légale de la dame Mailly, laquelle ne s'exerce que sur le fonds, sur le prix de la vente immobilière qui en a été consentie " [6].

[6] Dalloz, v° *Priviléges et Hypothèques*, n° 973.

La société de mines constituant un être moral, ceux qui ont une demande à former contre elle, ne doivent pas mettre les associés en cause; ils peuvent se borner à l'assigner dans la personne de son administrateur. Cette solution est surtout avantageuse dans le cas où la société a été contractée dans la forme de la commandite par actions. Le jugement de condamnation, s'il en est rendu un, peut être exécuté, pour le tout, sur les biens dépendants de la société et, pour la part de chacun des associés, sur le patrimoine de ces derniers.

**265.** Les sociétés de commerce ne sont valablement constituées que sous certaines conditions de publicité. Ces conditions doivent-elles également être observées à l'égard des sociétés de mines? On peut, avec grande apparence de raison, soutenir la négative: car les lois du commerce ne leur sont pas applicables (suprà n° 261). Or les formalités dont il s'agit sont prescrites par la législation commerciale; elles ne seraient donc pas obligatoires pour ceux qui veulent exploiter une mine en société. C'est d'ailleurs l'opinion de la cour de cassation de Belgique [7]. On peut au reste, sans contradiction, admettre ce qui précède, tout en regardant comme valable la société contractée en vue d'exploiter une mine dans l'une des formes tracées par le code de commerce, bien que toutes les prescriptions légales n'aient pas été suivies.

**266.** Si les sociétés de mines ne sont pas commerciales, il faut en dire autant des sociétés contractées en vue de l'exploitation des minières et des carrières, dont il est également question dans la loi du 21 avril 1810. Ces dernières diffèrent cependant des premières en ce qu'elles ne constituent pas un être moral, seul propriétaire du fonds commun. En effet, le principe de l'art. 8 ne se trouve pas reproduit dans les titres 7 et 8, qui ont exclusivement trait aux minières et aux carrières [8].

[7] Cass. b. 22 juillet 1869. 448.

" Attendu que la nullité comminée par le dit article est exclusivement applicable aux sociétés organisées dans un but commercial; attendu que la société litigieuse, contractée pour l'exploitation d'une mine, avait par son objet le caractère d'une société civile; qu'elle n'a pas pu changer de nature par la seule circonstance que les contractants avaient déclaré vouloir adopter la forme de la société en commandite."

[8] Conforme Bruxelles 21 janvier 1863. 191 : N'est pas commerciale une

## II. DES SOCIETÉS CIVILES CONTRACTÉES DANS L'UNE DES FORMES ORGANISÉES PAR LE CODE DE COMMERCE

**267.** C'est surtout à propos des mines, qu'a été agitée une question qui doit également nous occuper ici, celle de savoir si les associés peuvent, en donnant à leur convention la forme et l'organisation extérieure d'une société commerciale, lui faire produire tous les effets propres à cette dernière, lorsque l'objet de leur association est exclusivement civil.

L'affirmative est soutenue avec force. Voici l'exposé de principes que Dalloz fait à cet égard dans son *Répertoire* (v° *Société*, n° 238): " Les parties, y est-il dit, peuvent par leur volonté commercialiser une entreprise qui, par elle-même, avait le caractère civil, pourvu toutefois que la nature de l'opération ne répugne pas à cette transformation. Ainsi, en règle générale, un propriétaire qui vend les produits de son fonds, ne fait pas un acte de commerce : cela résulte d'une disposition expresse du code de commerce (art. 633); cependant on ne peut dénier à un propriétaire de vignobles, par exemple, la faculté de se constituer commerçant, si telle est sa volonté, afin d'ouvrir à

société ayant pour objet l'exploitation d'une carrière et la vente de ses produits, lorsque le terrain exploité appartient à l'un des associés. La taille des pierres ne peut être considérée dans l'espèce comme une entreprise de manufactures.

Id. Bruxelles, 2 juin 1862. 307.

Contra Liége, 21 mars 1868. 40: Une société est formée sous le nom de la société ardoisière de la Plet, en vue d'exploiter certains gisements ardoisiers et pour en façonner et en vendre les produits. Son capital est divisé en 700 actions nominatives ou au porteur. Un conseil, composé de cinq membres, est chargé de l'administration. Cités en justice comme représentant l'association, les administrateurs soutinrent que la poursuite était nulle parce que tous les actionnaires ne se trouvaient pas au procès. La cour d'appel de Liége rejeta cette exception, " attendu que cette société est constituée en actions nominatives ou au porteur, avec un conseil d'administration appelé à agir en son nom et à la représenter; qu'elle ne se borne pas à extraire et à vendre le chiste ardoisier qui lui est cédé par l'acte de concession, mais qu'elle le met en œuvre et le convertit en ardoises qui sont livrées à la consommation; qu'elle présente ainsi tous les caractères d'une société de commerce et que par suite elle a été valablement assignée en la maison sociale dans la personne de son directeur ".

Id. Liége, 25 juillet 1868 P. 1869. 215 : Une société formée pour l'exploitation d'une ardoisière est commerciale; peu importe que les statuts la qualifient de société civile.

ses produits de plus vastes débouchés et de rendre ainsi plus fructueuse l'exploitation de sa chose. On ne peut de même contester à un propriétaire de bois la faculté d'exploiter commercialement ses coupes. Dans ce cas, en effet, le propriétaire ne fait que renoncer à un privilége établi dans son intérêt, il abdique une qualité que la loi lui permettait de conserver, pour en prendre une autre qui lui impose des obligations plus rigoureuses, qui peut entraîner pour lui de graves conséquences (par exemple : la faillite, la contrainte par corps), et qui, par cela même, présente aux tiers avec qui il traite de plus amples garanties. Or ce qu'un particulier peut faire, une société doit pouvoir le faire également. [1] »

**268.** Nous croyons qu'il est difficile d'imaginer une doctrine plus fausse, méconnaissant plus complètement les prescriptions de la loi. Comment ! le législateur énumère soigneusement les différents actes de commerce; il déclare qu'à raison de ces actes seulement on est justiciable des tribunaux de commerce; il dit aussi que le commerçant seul peut être constitué en état de faillite et que l'on est commerçant quand habituellement et par profession on se livre à des opérations commerciales; et malgré toutes ces dispositions qui forment des règles d'ordre public, au respect desquelles les tribunaux doivent ramener ceux qui les transgressent, l'on viendra dire qu'il dépend des particuliers de les éluder, qu'il dépend d'eux de donner l'effet d'un acte de commerce à une transaction qui n'en a pas la nature, qu'il est loisible à chacun de se soumettre à une juridiction dont il ne relève cependant pas, de donner à ses créanciers le droit de faire prononcer sa faillite tandis qu'il n'est pas commerçant ! Mais alors pourquoi des lois, pourquoi des classifications rigoureuses, pourquoi des règles de compétence ? Il suffira de la volonté privée pour les intervertir, pour les bouleverser ?

Non ! il ne saurait appartenir à un débiteur de conférer à ses créanciers les garanties que le code attache à la qualité de commerçant, quand il ne possède pas cette qualité. Eût-il fait à cet égard les déclarations les plus explicites, les plus formelles, celles-ci ne le lieraient pas, et il serait toujours

[1] Un arrêt de la cour de Dijon (19 août 1841 ; Dalloz, v° *Acte de commerce*, n° 281) s'exprime dans les mêmes termes.

admis à ne reconnaître d'autre autorité que celle du droit civil. Or, si le consentement le plus exprès ne peut avoir cet effet, comment serait-il permis de le faire résulter par induction de l'interprétation de certains actes, présentés comme preuve d'un acquiescement tacite ?

269. Un particulier n'a donc pas le pouvoir de rendre obligatoires à son égard les lois commerciales, quand il n'est pas commerçant. Or ce qu'une personne isolée ne peut faire, des individus réunis en société le pourront-ils davantage? Rationnellement on ne saurait l'admettre. Ainsi quand un tiers a contracté avec un propriétaire exploitant son propre fonds, il ne peut réclamer contre celui-ci aucune des garanties résultant du droit commercial. En effet, avant de traiter, il a dû interroger la nature de l'opération qu'il avait en vue; il a dû se demander si cette opération était commerciale ou si elle ne l'était pas; et, sous ce rapport, il n'a pas dû se fier à l'appréciation de son futur débiteur. Quoi qu'il arrive, il ne sera donc pas trompé; il savait à quoi s'en tenir. Mais dès que le débiteur fait partie d'une société, dès que celle-ci s'est donné les apparences d'une société commerciale, le tiers serait dispensé de tout examen, de toute appréciation du fond même des choses, l'acte serait toujours commercial, Delangle aurait raison de dire: " L'apparence le protége, la justice ne permet pas qu'on lui impute un défaut de vérification à peu près impossible ". Voilà ce qu'on ne saurait admettre. Car nous nous trouvons en présence du même principe; les particuliers ne peuvent pas plus déroger aux lois d'ordre public lorsqu'ils agissent en groupe que lorsqu'ils opèrent isolément. Dans aucun cas, il ne sont autorisés à faire sortir la loi sur les faillites du cadre qui lui est tracé, à étendre la compétence des juridictions, etc.. D'un autre côté, c'est accorder trop de prestige aux caractères apparents, matériels d'une convention, que d'attacher les effets de cette convention à l'emploi de sa forme extérieure; c'est se résoudre trop aisément à donner à la forme pure le pas sur le fond des choses!

Mais est-il bien vrai qu'on impose aux tiers le fardeau d'une vérification impossible? D'après Delangle, il y a un cas, mais un seul, qui ne pourrait permettre de doute au plus aveugle. C'est celui d'une société contractée pour l'achat et la revente d'immeubles. Le caractère civil des opérations sociales est ici

trop manifeste pour que l'on puisse admettre que les tiers aient pu être victimes de l'apparence; leur erreur serait par trop grossière. Mais hors de cette hypothèse, il n'en est aucune dans laquelle la bonne foi des tiers ne doive être accueillie sans discussion. Il suffira toujours que la société " spécule sur ce qui est l'aliment habituel des opérations commerciales. " Ainsi donc, l'objet de la transaction intervenue entre la société et les tiers est-il mobilier, on sera admis à traiter les associés comme des commerçants, à réclamer contre eux toutes les garanties autorisées par la législation commerciale. Ils ne pourront objecter aux intéressés que le caractère civil de la société était évident, qu'un instant de réflexion eût suffi pour le faire découvrir. On leur répondra, avec Delangle, que cette constatation était impossible.

Mais l'opinion de Delangle ne saurait faire droit. Supposons, en effet, qu'une société agricole formée par divers propriétaires, exploitant leurs biens en commun, ait procédé à une vente de bois sur pied. Les arbres, quoique non encore détachés du sol, constituent bien des objets mobiliers. On prétendra donc que, si la société a été contractée sous une forme commerciale, l'acquéreur n'a pu s'empêcher de croire que les associés ont fait acte de commerce, et il pourra agir contre la société absolument comme si elle était commerciale au fond. Cela n'est certainement pas admissible. Et s'il en est ainsi dans cette hypothèse, pourquoi la décision changerait-elle dans le cas où le caractère de la société, où la nature de ses opérations seraient moins transparents; si ces points laissaient quelque obscurité, quelque doute, cette obscurité n'était pas impénétrable, ce doute pouvait être aisément dissipé; une étude attentive de l'objet de l'association en eût bien vite eu raison. Du reste, rien ne forçait les tiers à contracter avec la société avant de s'être éclairés. Si donc ils se sont exclusivement fiés à l'apparence, ils doivent imputer à eux seuls les déceptions dont leur crédulité les a rendus victimes. Tel serait le cas d'un industriel qui aurait confectionné des tonneaux pour le compte de propriétaires vignerons, associés en vue de l'exploitation commune de leurs vignobles. La bonne foi du premier peut avoir été entière; il a pu croire sincèrement que la société était formée en vue du commerce de vins. Néan-

moins il aurait dû s'assurer de la réalité; il aurait alors constaté que la société était purement civile. Les associés ne sont donc obligés à son égard que comme des associés civils.

Si notre système encourt le reproche de favoriser la fraude chez les associés, de causer un dommage aux tiers, il compense ces inconvénients par un avantage considérable: il fait sentir aux intéressés l'aiguillon de l'intérêt personnel; il les porte ainsi à se montrer plus circonspects à l'avenir et à ne chercher leurs garanties que dans la loi sainement et juridiquement interprétée.

Du reste, le code de commerce, en organisant la société collective, la commandite, n'a pas innové; ils s'est borné à transporter dans la législation moderne, sans y rien changer, des institutions bien connues qui fonctionnaient antérieurement. Or, et ceci est incontestable, jamais dans l'ancien droit ces formes de sociétés ne servirent à abriter des opérations civiles; elles n'étaient employées que pour faire le commerce; les personnes qui les composaient étaient donc toujours et forcément des commerçants. Tous les monuments du droit sont là pour attester l'exactitude de ce que nous avançons [3].

270. Jusqu'ici nous avons étudié notre question en nous

[3] Un arrêt de la cour de cassation de France (18 nov. 1824, Dalloz, v° *Société*, n° 243) donne raison à notre doctrine. Il décide que l'association formée par les concessionnaires d'une mine est civile, bien qu'elle ait une raison sociale et qu'il soit dit dans l'acte que les mines sont considérées comme la propriété de la société en nom collectif.

La jurisprudence belge, en général, embrasse la même opinion, comme le prouvent les arrêts qui suivent.

Bruxelles, 2 déc. 1837. 258 : Les sociétés en nom collectif, en commandite et anonyme ne sont commerciales que lorsqu'elles ont pour objet l'exercice d'actes de commerce. Les sociétés d'assurances terrestres sont donc purement civiles.

Bruxelles, 6 avril 1859. 249 : La société en commandite pour assurances terrestres est civile : " Considérant que le caractère civil ou commercial des sociétés ne se détermine ni par la forme, ni par la qualification qu'on donne à celle-ci, mais bien par le caractère des opérations auxquelles elles ont pu se livrer; — Considérant que la société en commandite, la Prévoyance Belge a pour but de garantir, moyennant une indemnité, les risques résultant pour l'individu ou la famille, suivant les cas, d'accidents par chemins de fer, chute d'échafaudages, etc.; — Considérant que les opérations qu'elle fait pour remplir cet objet n'offrent rien de commercial par elles-mêmes; que le caractère de spéculation qu'elles peuvent présenter et qui se rencontre plus ou moins dans la plupart des

plaçant au point de vue des rapports entre les associés et les créanciers de la société. Si maintenant nous l'apprécions au point de vue des intérêts des créanciers personnels aux associés, nous sentons encore se fortifier en nous la conviction que nous venons d'exprimer.

Dans la société civile, si l'on ne considère que la part d'un associé dans la société, les droits d'un créancier personnel sur cette part sont, de tous points, égaux à ceux d'un créancier de la société. L'actif social forme donc le gage du premier, de même qu'il constitue la garantie du second. C'est l'espoir d'y participer un jour qui a déterminé le tiers à faire crédit à l'un des associés. Cet espoir lui est-il enlevé quand la société est contractée sous une forme commerciale? Nous ne le croyons pas. Car il peut alléguer, sans qu'on puisse le démentir, qu'il a toujours pris la société pour ce qu'elle était réellement, qu'elle s'est

opérations de l'homme, ne suffit pas seul pour leur donner une nature commerciale, etc. "

Bruxelles, 1er déc. 1838. 243; 2 déc. 1837. 258; 29 mai 1840. 146; 30 juillet 1838. 216; 24 oct. 1845. P. 1846. 25. — Liége, 7 avril 1825. 370; 15 juill. 1840. 180; 21 mars 1840. 86; 4 juill. 1840. 212.

En sens contraire : Liége, 7 avril 1825. 371; 7 août 1834. 219. — Gand, 22 juillet 1847. 353.

Liége, 11 mai 1861. P. 1865. 139 : " Considérant que la compagnie le *Lloyd Belge* est constituée en la forme anonyme et qu'elle assure contre l'incendie, moyennant certaines sommes, les propriétés mobilières et immobilières; que s'il y a doute sur la nature commerciale de l'assurance terrestre à prime, il en est autrement quand la société dont le but est de faire des bénéfices, est en outre dégagée de l'obligation personnelle, à la différence des associations civiles (infrà n° 277); que, dans ces conditions, l'entreprise a tous les caractères d'un établissement de commerce; etc. "

Néanmoins la société d'assurances mutuelles peut adopter l'une des formes déterminées par le code de commerce, " attendu que les dispositions du code civil au titre des sociétés ne font que régler les droits des tiers et des associés pour le cas où ils ne l'auraient pas été par des conventions particulières, mais n'excluent nullement le droit de prendre pour règles de l'association celles que le code de commerce a tracées pour les sociétés commerciales, anonymes, en tant que celles-ci sont compatibles avec la loi civile, les conventions légalement formées faisant la loi des parties ". Bruxelles, 1er déc. 1838. 243.

Et alors la société peut être assignée en la personne de ses agents, devant le tribunal et au bureau de l'association. Cela a été jugé par les arrêts suivants : Liége, 7 août 1834. 220 (Il s'agissait de la compagnie dite " d'assurances réunies contre les risques de mer, l'incendie et la grèle " établie à Bruxelles); Bruxelles, 23 janv. 1833. 26 (Compagnie d'assurances l'Escaut, établie à Anvers); Liége, 7 avril 1825. 370; 20 fév. 1837. 35; 6 fév. 1840. 51; 14 août 1848. P. 1850. 26.

toujours révélée à lui avec son caractère civil. Au contraire, l'espérance du créancier social d'être payé intégralement était basée sur une erreur, sur une fausse appréciation du fond des choses, elle n'était donc pas légitime. Or, quand on est soi-même sans reproche, pourquoi faudrait-il pâtir des fautes d'autrui? En conséquence les créanciers sociaux ne peuvent réclamer aucun droit de préférence à l'encontre des créanciers personnels.

La femme d'un associé peut donc incontestablement exercer son hypothèque légale sur la part des immeubles sociaux revenant à son mari. Telle n'est cependant pas l'opinion de la cour de cassation de France; dans un arrêt rendu le 29 mai 1865 (D. P. 65. 1. 380) elle consacre la doctrine contraire. Dans l'espèce, les associés se proposaient d'exploiter des terres à briques et des gisements de chaux. L'association était donc incontestablement civile par le fond. Mais elle s'était constituée en société en nom collectif et en commandite sous la raison sociale Paysant et comp.; et c'est cette circonstance qui détermina la cour à la considérer comme un être moral, seul investi de la propriété de l'avoir commun pendant la durée de son existence, et, après sa dissolution, pendant le temps requis pour arriver à la liquidation des opérations sociales.

271. L'adoption par les associés d'une des formes tracées par le code de commerce, n'est pas non plus un obstacle à ce qu'ils soient justiciables des tribunaux civils à raison des engagements de la société; et ils doivent tous figurer en nom dans les qualités de l'instance, afin que le tribunal puisse condamner la société au payement de la totalité de la somme due par elle. En un mot, les parties ne peuvent, de leur propre autorité, ériger leur société en personne morale quand l'objet de cette société n'a rien de commercial [3].

[3] Le projet de révision du code de commerce présenté par le gouvernement portait : " Les parties peuvent, par leur volonté, rendre commerciales les sociétés dont l'objet est l'exploitation des mines, minières et carrières. "

La commission de la Chambre des Représentants a modifié cet article de la manière suivante : " Les sociétés dont l'objet est l'exploitation des mines peuvent, sans perdre leur caractère civil, emprunter les formes des sociétés commerciales en se soumettant aux dispositions du présent titre. "

La commission a craint de voir trancher par la juridiction consulaire les

### III. DES SOCIÉTÉS CIVILES PAR ACTIONS

272. La pratique offre certains exemples de sociétés civiles par actions. Il importe d'examiner les conséquences résultant pour les associés de l'adoption de cette forme propre aux sociétés de commerce. Voici ordinairement les conditions de ce genre de convention. Les associés font chacun un apport immobilier; le capital social est divisé en actions et chaque associé en reçoit un certain nombre calculé d'après l'importance de sa mise; ces actions sont généralement transmissibles par voie d'endossement; elles pourraient aussi être créées dans la forme d'un titre au porteur; enfin il n'est pas dérogé aux règles générales de la société civile; les associés supportent donc leur part dans les dettes sociales. Une telle société est-elle valable ? Quels en sont les effets ?

Aux termes de l'art. 1861 c. civ., tout associé peut se substituer une autre personne du consentement de ses coassociés. Or ce consentement existe dans notre hypothèse, il résulte de ce que les parties ont créé des actions, des titres essentiellement cessibles. La convention est donc valable entre associés; elle les oblige; elle forme pour eux une loi inviolable. L'associé qui cède ses actions dans les formes déterminées par les statuts, devient donc entièrement étranger à la société. Il ne peut réclamer aucun droit dans les biens communs, de quelque nature qu'on les suppose; et si, par une circonstance quelconque, il en tirait avantage, il devrait dédommager ses ci-devant associés. Pareillement il ne répond plus des dettes contractées postérieurement à sa retraite. Le gérant, en leur donnant naissance, ne l'a pas obligé. Car en se dépouillant de ses actions, comme la convention sociale l'autorisait à le faire, il a révoqué le mandat tacite qu'il avait donné à l'administrateur. Quant au détenteur actuel des actions, il prend, à l'égard des associés de son auteur, la place que ce dernier occupait dans la société. En effet, en déclarant les actions transmissibles, les parties ont tacitement abrogé la prohibition de l'art. 1861; elles ont d'avance accepté comme leurs

difficultés, souvent épineuses, soulevées par l'exploitation des mines (Voir le rapport de M. Dupont: *Recueil Général*, t. 23, année 1870, p. 147).

associés tous ceux qui dans la suite deviendraient détenteurs d'actions. En conséquence, le nouvel actionnaire devient copropriétaire de l'actif social et peut être poursuivi pour sa part dans le passif.

**273.** Mais quand on envisage la question au point de vue des rapports de la société avec les tiers, il s'en faut de beaucoup que cette solution soit exacte.

L'action dont il est question dans les articles 529 du code civil, 34, 35 et 38 du code de commerce, ne peut exister avec tous les effets que la loi y attache, que lorsque la société dont elle dépend constitue une personne morale distincte des associés. Alors, en effet, ceux-ci ne sont pas propriétaires de l'actif social mobilier et immobilier. Cet actif appartient légalement à l'être juridique fictif. Or, l'action n'étant pas le signe représentatif d'un droit mobilier ou immobilier, chaque intéressé peut la céder abstraction faite des formalités exigées pour la translation des droits immobiliers et pour le transport des créances. Aussi l'acquéreur ne devra pas faire transcrire son titre conformément à la loi du 16 décembre 1851, ni le notifier à ses associés ou à la société en exécution de l'art. 1690 c. civ.. Il lui suffira d'observer les règles établies par les statuts de la société. Quand ces règles ont été suivies, le ci-devant actionnaire devient, d'une façon absolue, étranger à la société.

Il en est autrement quand la société est civile. En effet, lorsque le contrat de société a été transcrit conformément à la loi du 16 déc. 1851, les associés nommés dans l'acte social sont, aux yeux des tiers, copropriétaires des immeubles énumérés dans cet acte. Il ne suffirait donc pas que les associés se fussent défaits de leurs titres, pour cesser d'être propriétaires vis-à-vis des tiers. C'est ce qu'a reconnu le tribunal de Bruges dans un jugement prononcé le 15 avril 1867. Une société, désignée sous le nom de société Saint-Donatien, s'était formée entre différents ecclésiastiques dans le but d'administrer en commun plusieurs établissements d'instruction. Le capital avait été divisé en actions transmissibles par endossement. Au décès de l'un des sociétaires, l'administration de l'enregistrement réclama le payement des droits de succession dus par les héritiers, qui, elle le prétendait, avaient recueilli les im-

meubles versés par leur auteur dans la société. Mais ils objectèrent que ce dernier avait aliéné les actions qui lui appartenaient et, dès lors, ne leur avait rien transmis. Le tribunal de Bruges rejeta cette exception, attendu que la société civile ne forme pas un être juridique distinct des associés. Ceux-ci restent propriétaires indivis des immeubles apportés. Les actions n'ont d'autre valeur que celle de signes représentatifs du nombre de parts de chaque contractant dans la masse commune. Pour pouvoir opposer aux tiers l'aliénation des actions, comme frappant sur les immeubles, les intéressés auraient donc dû établir que les formalités de la transcription prescrites par la loi du 16 décembre 1851 avaient été accomplies. En dehors de ces formalités, les sociétaires restent propriétaires vis-à-vis des tiers et vis-à-vis de la régie de l'enregistrement, alors même qu'ils se seraient dépossédés de leurs titres [1].

Ce système est fort rationnel : car, malgré l'aliénation des actions ayant appartenu à l'un des associés, les immeubles provenant de ce dernier continuent à être renseignés sur les registres du conservateur des hypothèques comme appartenant au cédant. Or l'effet de cette mention subsiste pour les tiers, dans l'intérêt desquels elle est requisé, tant qu'une mention contraire ne vient pas annuler la première, tant que les mêmes registres ne constatent pas une mutation de propriété.

Un jugement du tribunal de Gand, du 12 août 1867, semble avoir décidé le contraire. Il s'agissait, comme dans l'espèce soumise au tribunal de Bruges, d'une société formée entre ecclésiastiques, pour un terme illimité, en vue d'exploiter un établissement d'instruction. Le capital était divisé en actions cessibles par voie d'endossement. La société prenait le titre de *Collége et Pensionnat Saint-Michel.* Au décès de l'un des associés, l'administration de l'enregistrement lance, contre les héritiers, une contrainte en payement des droits auxquels donnait ouverture la succession de leur auteur, cette succession comprenant cinq actions qui avaient été attribuées au défunt dans la société susdite. Sur l'opposition formée par les héritiers, la contestation est déférée au tribunal de Gand. La régie basait sa prétention sur l'art. 18 de la loi du 17 déc. 1851, disposant que la demande des droits

[1] *Belgique judiciaire*, année 1867, p. 481.

de succession est, jusqu'à preuve contraire, suffisamment établie par des actes passés par le défunt à son profit ou à sa requête, et établissant sa propriété. De plus, la régie produisait l'acte de société du 15 mars 1853, par lequel le défunt avait reçu, dix années avant sa mort, cinq actions pour prix de ses apports; et elle induisait de cette circonstance la présomption qu'il les possédait encore au moment de son décès et qu'elles avaient été recueillies par ses héritiers [2]. Raisonner de la sorte, c'était placer le débat sur un terrain dangereux: car l'administration reconnaissait aux associés le droit d'aliéner leur intérêt dans l'actif social immobilier par la simple cession de leurs actions. Aussi le tribunal mit-il une certaine complaisance à suivre la régie dans la voie qu'elle s'était choisie. Il répondit donc à la partie demanderesse que la preuve contraire autorisée par l'art. 18 de la loi du 17 déc. 1851 précitée, existait dans l'espèce, toutes les circonstances de la cause démontrant, selon lui, que le défunt avait cessé de posséder les actions dès avant son décès. Le tribunal ne se demanda pas un instant si le défunt, désigné par les registres du bureau des hypothèques comme propriétaire de certains des immeubles communs, avait cessé de l'être en vertu d'un acte d'aliénation rendu public par la transcription. Or c'est de ce côté, croyons-nous, qu'il eût fallu chercher les éléments de la solution.

Il résulte donc de ce qui précède que, malgré sa retraite, l'associé qui a aliéné ses actions demeure copropriétaire des immeubles apportés en société par lui ou par ses coassociés. Le créancier social dont le titre est postérieur à l'aliénation, ne peut donc saisir l'avoir commun pour le tout, comme mandataire de tous les copropriétaires, puisqu'il en est un contre lequel il est sans droit, qu'il ne pourrait faire condamner en justice.

**274.** Supposons que la société acquière un immeuble dans les conditions suivantes. Elle est désignée dans l'acte d'achat par la dénomination particulière adoptée dans les statuts; les noms des associés n'y figurent pas. Ainsi il est dit que tel immeuble est acquis par le *Collége et Pensionnat Saint-*

[2] *Belgique judiciaire*, année 1867, p. 1236.

*Michel.* Enfin le contrat de vente est transcrit conformément à la loi du 16 déc. 1851. Dans ces circonstances, nous croyons que le vendeur conserve, aux yeux des tiers, la qualité de propriétaire de l'immeuble en question. Cette qualité n'est pas transportée à la société.

Le système de la loi du 16 déc. 1851 s'oppose, en effet, à ce qu'il en soit autrement. Dans la pensée du législateur, tout immeuble appartient à une personne déterminée, et c'est afin de la faire connaître aux tiers, qu'il a prescrit la formalité de la transcription. Quand l'acquisition est faite par une société commerciale, il n'est pas nécessaire que l'acte d'achat mentionne les noms des associés, il suffit que la société y soit désignée par la dénomination sous laquelle elle est connue. En effet, la société, nous le supposons, est régulièrement constituée ; elle forme une personne morale, et les tiers, s'ils consultent les registres du greffe du tribunal de commerce, obtiendront tous les renseignements de nature à sauvegarder leurs intérêts. Mais la société civile ne doit pas être rendue publique; les noms des associés ne sont pas nécessairement connus des intéressés. Ceux-ci, dans l'espèce, n'ont donc aucun moyen légal de découvrir les individus qui composent la société indiquée sous le nom de *Collége Saint-Michel.* Ils ne pourront distinguer ceux qui ont acquis. Or si, dans toute autre hypothèse, la transcription d'un acte prétenduement translatif de propriété contenait un vice de rédaction tel que le but de la loi ne fût pas atteint, la propriété continuerait, pour les tiers, de résider chez le vendeur ou chez le précédent propriétaire. Telle est aussi la conclusion à laquelle il faut nous arrêter dans le cas dont nous nous occupons. L'immeuble n'a pas cessé, quant aux tiers, d'appartenir à celui qui a voulu en transférer la propriété.

Cependant l'acte d'acquisition est au moins revêtu de la signature d'un des associés, de celle du gérant. Si la transcription mentionne son nom, il faudra peut-être le considérer comme étant devenu propriétaire de l'immeuble, aux yeux des tiers. Cette solution nous paraîtrait devoir être adoptée incontestablement, s'il avait été dit dans l'acte que l'acquisition était faite par le gérant, quand même on aurait ajouté qu'il agissait comme représentant de la société. Lui seul, à l'exclu-

sion de ses coassociés, deviendrait, au regard des tiers, propriétaire de l'immeuble.

275. Ce qui précède reçoit naturellement exception quand la société civile par actions constitue une personne morale, c'est-à-dire lorsqu'elle se propose d'exploiter une mine. Alors, en effet, il suffira à l'actionnaire qui veut céder son droit dans la société, de se conformer aux règles déterminées par les statuts, pour être valablement dessaisi à l'égard des tiers. Cette exception est la seule que nous puissions admettre. Naturellement notre opinion n'est pas adoptée par les partisans de la doctrine qui fait prévaloir la forme sur le fond, et d'après laquelle une société civile est commerciale et devient une personne morale lorsque les parties ont suivi, pour sa constitution, les règles établies par le code de commerce. Ainsi une société, dite *civile et particulière*, s'était formée en France pour exploiter les carrières de la Porée. Son capital était divisé en actions transmissibles par voie d'endossement, et un extrait de l'acte de société avait été déposé au greffe du tribunal de commerce, publié et affiché suivant le vœu de la loi. La cour d'Angers statua en ces termes : " Attendu qu'il n'y a rien d'essentiellement commercial dans l'exploitation d'une carrière par les propriétaires du sol qui en vendent eux-mêmes les produits, mais qu'il en est autrement quand il est formé à cet effet une société dont les actions deviennent en quelque sorte un effet public et négociable, quand cette association prend un domicile social, qu'elle a un banquier, que les ventes se font en commun par l'administration au profit de tous les porteurs d'actions, quels qu'ils soient; etc. [3] "

## IV. DE LA COMMANDITE CIVILE

276. Le principe de la commandite est-il incompatible avec les règles de la société civile ?

L'art. 1864 dispose : " La stipulation que l'obligation est contractée pour le compte de la société ne lie que l'associé contractant et non les autres, à moins que ceux-ci ne lui aient

[3] Angers, 5 fév. 1842; Dalloz, v° *Acte de Commerce*, n° 286.

donné pouvoir ou que la chose n'ait tourné au profit de la société. "

Cet article contient en germe le principe d'après lequel le commanditaire n'est pas indéfiniment responsable : car le commanditaire ne consent à s'associer qu'à la condition de n'être pas obligé par les actes du gérant au-delà de certaines sommes qu'il s'engage à verser dans la caisse de la société. Si donc il a effectué ce versement, les créanciers ne pourront le poursuivre, ni dans sa personne, ni sur son patrimoine, ils ne pourront s'en prendre qu'aux biens sociaux. En d'autres termes, le gérant est sans pouvoirs pour obliger le commanditaire au-delà de la limite indiquée. La conception de la commandite rentre donc très-bien dans le cadre tracé par l'art. 1864; et comme cette disposition se trouve placée au titre des sociétés civiles, on peut en conclure que le principe de la commandite peut être introduit dans la société civile.

Supposons donc que plusieurs personnes aient fondé une société civile en faisant chacune un apport. La gérance est confiée de commun accord à l'un des associés; mais les autres stipulent qu'ils ne seront obligés, ni dans leur personne, ni sur leurs biens réservés propres, par suite des engagements contractés par le gérant, ces obligations fussent-elles même relatives à l'administration. Ils stipulent que de ce chef ils ne seront tenus que jusqu'à concurrence des sommes versées par eux dans l'association. Mais les tiers, avant de contracter avec le gérant, peuvent se faire représenter le titre de ses pouvoirs, le contrat de société; ils sauront ainsi que l'obligation du commanditaire est limitée, qu'elle n'est pas personnelle; si donc ils ne peuvent agir contre lui, ils n'ont pas le droit de se plaindre: c'est un mal auquel ils se sont exposés volontairement, qu'ils ont librement accepté.

Mais cette commandite civile n'est pas une personne morale. Le créancier, qui est empêché d'agir personnellement contre les commanditaires, n'a pas du moins la consolation de saisir toute leur part dans l'avoir commun. Il devra, sur cette part, subir le concours de leurs créanciers personnels. S'il saisit l'avoir commun, il devra le saisir sur tous les associés, même sur les commanditaires qui ne cessent pas d'être copropriétaires indivis. Enfin les demandes dirigées contre l'intérêt collectif

doivent être intentées contre tous les associés et commanditaires, et non pas exclusivement contre le gérant.

**277.** Passons à la commandite civile par actions. Supposons une société contractée dans les conditions suivantes. Trois personnes s'associent en vue d'opérations purement civiles; par exemple, dans le but d'acheter des immeubles pour les revendre. Elles font chacune un apport immobilier, adoptent une raison sociale et émettent des actions. Les preneurs de ces actions ne répondent des pertes que jusqu'à concurrence des sommes qu'ils s'obligent à verser. Enfin le contrat est transcrit au bureau des hypothèques et publié conformément aux articles 42 et 43 c. com. Envisagée au point de vue des rapports des associés en nom avec les actionnaires, cette convention est une vraie société : car tout contrat régulièrement formé devient la loi des parties, et aucune disposition législative n'annulle la société offrant les caractères que nous venons d'énumérer. Les actionnaires acquièrent donc un droit de propriété dans tous les corps certains qui font partie du fonds social; ils sont même copropriétaires des immeubles apportés par les associés ou acquis dans la suite en exécution du contrat. En effet, le fonds social est destiné à être partagé entre tous les associés, y compris les actionnaires, au moment de la dissolution; et les associés en nom se sont obligés à comprendre dans la masse les immeubles en question, pour autant que ces biens n'auraient pas été consacrés auparavant à l'acquittement du passif de la société, ou n'auraient pas été aliénés conformément aux stipulations sociales.

**278.** Mais quand on considère la question au point de vue des relations des tiers avec la société, la solution est toute différente. La société civile, en effet, ne donne pas naissance à un être juridique distinct de la personne des associés, quand même elle serait revêtue des formes propres aux sociétés commerciales. Dès lors les immeubles décrits dans le contrat constituent, aux yeux des tiers, la propriété commune des associés nommés dans ce contrat, à la condition qu'il ait été transcrit conformément à la loi du 16 déc. 1851. Ces immeubles n'appartiennent pas à la société en commandite, figurée par la raison sociale et comprenant la masse anonyme des actionnaires. De même les immeubles acquis pendant l'exis-

tence de la société appartiennent exclusivement aux individus désignés dans l'acte d'acquisition. Leurs créanciers peuvent donc saisir l'actif social immobilier suivant les règles ordinaires, nonobstant l'existence d'actionnaires. Ces actionnaires, pour les tiers, sont de simples créanciers des associés; ils puisent leurs droits dans les clauses du contrat de société.

### V. De la société anonyme civile

**279.** La société anonyme doit être constituée en vue de faire le commerce. Cette condition n'est pas moins indispensable que toutes les autres à son existence régulière. Quelques auteurs, il est vrai, se montrent peu exigeants sous ce rapport, et sont assez enclins à considérer la société comme commerciale par cela seul qu'elle est anonyme [1]. Cette erreur vient de la propension que certains esprits éprouvent à exagérer l'importance de l'intervention du gouvernement dans la formation des sociétés anonymes, et à croire que le rôle de l'État consiste, non à autoriser la création de la personne morale, mais à lui donner véritablement la vie. Ce point admis, on est facilement amené à décider que l'État ne doit pas réserver son autorisation pour les sociétés commerciales, qu'il peut l'accorder à des associations purement civiles, lorsque leur objet touche par quelques points à l'utilité publique. Dans ce système, les associations civiles reconnues pourraient fonctionner comme de vraies sociétés anonymes commerciales; tout serait régulier, l'autorisation du gouvernement une fois obtenue. C'est cette filiation d'idées que suit la pensée de Bédarride lorsqu'il écrit: " Il est cependant évident que cette société se prête merveilleusement bien à toutes sortes d'opérations, même à celles qui n'ont rien de commercial "; et il cite, comme exemples, la caisse hypothécaire, la compagnie de dessèchement. Rien ne nous semble néanmoins plus inexact. Non, l'autorisation de l'État n'a pas la puissance créatrice qu'on lui suppose. Elle intervient dans la formation des sociétés anonymes comme un élément légalement essentiel, sans doute, puisque la loi en fait une condition de l'existence même de la société, mais non comme une condi-

[1] Delangle n° 424; Bédarride n° 269.

tion rationnellement indispensable, puisque la législation française et la législation anglaise l'ont supprimée.

Voici comment il faut considérer les choses dans l'état actuel de notre législation. Le législateur offre aux parties une combinaison qui leur permet de s'associer sans s'exposer jamais à aucun engagement personnel, ni eux, ni le gérant, et sans la crainte de voir leur association se dissoudre par la mort de l'un d'eux. Cette combinaison se rencontre dans la société anonyme. Mais la loi investit le gouvernement du soin d'examiner si la société qui va naître n'offre aucun danger pour l'intérêt public. Une fois que l'État a répondu favorablement, la société existe; mais elle n'existe pas en vertu de la volonté du gouvernement; elle puise son existence dans la loi même, absolument comme en France et en Angleterre; elle n'existe que conformément à la loi. De sorte que si elle ne répond pas aux conditions légales, eût-elle même été autorisée par l'État, cette approbation ne pourrait effacer le vice qui entache la personne morale et qui y adhère comme une cause originelle et perpétuelle de nullité. Or quelle est la condition intrinsèque indispensable à la validité de toute société anonyme? Elle doit se proposer de faire le commerce; hors de cette hypothèse, il n'y a pas seulement la matière d'une société anonyme. Ce point n'admet aucun doute. Ainsi l'art. 19 c. com. porte : " La loi reconnaît trois espèces de sociétés *commerciales*..... la société anonyme. " La société anonyme est donc bien par essence une société commerciale; elle doit se proposer de faire le commerce. C'est ce qui ressort aussi des travaux préparatoires. Ainsi les tribunaux qui furent consultés sur le projet du code de commerce, ne cessent un seul instant, dans leurs réponses, de parler du commerce à propos de la société anonyme. Pour ne citer que quelques exemples, le tribunal de Dijon se demandait s'il sera " loisible de former par actions des compagnies de commerce, sans l'autorisation du gouvernement "; et le tribunal de Tréport estimait " qu'en exigeant que la société par actions fût autorisée par le gouvernement, on s'exposait à mettre des entraves dans les opérations de commerce, notamment dans celles du commerce maritime. "

Rien n'est donc mieux établi. Les rédacteurs du code, en organisant la société anonyme, avaient toujours en vue la

même nature de sociétés qui leur avait déjà fourni la société collective, la commandite et la participation, en un mot, la société commerciale. Si donc le gouvernement avait outrepassé son rôle jusqu'à donner son approbation à une société civile constituée en la forme anonyme, cette société n'en serait pas moins une société civile ordinaire comme toute autre, et elle ne pourrait réclamer aucun privilége; on devrait lui appliquer purement et simplement le droit commun. Pour ester en justice, il faudrait l'intervention de tous les membres. Point d'avoir social propre; point de passif qui ne soit celui des associés. Voilà où nous conduit l'inflexible rigueur des principes. Il est possible que dans certains cas, l'utilité particulière de quelques groupes plus ou moins considérables d'individus s'accommoderait mieux d'une solution différente; mais cette objection nous touche assez peu : car nous n'avons qu'une préoccupation, celle de faire respecter la loi; et tous les arguments puisés ailleurs que dans son sein nous semblent complètement étrangers au débat [2].

280. La cour de cassation de France n'est cependant pas de cet avis. D'après elle, il existe en droit des sociétés ano-

[2] Le projet de révision du code de commerce consacre notre opinion. Voici ce qu'il porte : " Art. 1er. Les sociétés de commerce sont celles, qui ont pour objet des actes de commerce. Les parties peuvent par leur volonté rendre commerciales les sociétés dont l'objet est l'exploitation des mines, minières et carrières. " Voici, au sujet de cette disposition, comment M. Pirmez s'est exprimé dans la chambre des représentants : " Une société est commerciale lorsqu'elle a pour objet un acte de commerce; elle est civile lorsqu'elle a pour objet des actes civils.... La conséquence de la règle que je viens d'énoncer, est qu'on ne peut prendre la forme de la société en nom collectif ou en commandite et surtout de la société anonyme (car c'est là le point important) que pour les sociétés qui ont pour objet un acte de commerce. " (Annales parlementaires, Chambre des représentants, année 1870, p. 381). De son côté, M. Dupont, dans un rapport adressé à la chambre des représentants, dit ce qui suit : " Si, sous l'empire de la loi nouvelle, des citoyens réunis dans un but purement civil, empruntent la forme anonyme, cette forme ne pourra exercer aucune influence sur le fond; il y aura une violation formelle de la loi qui ne produira aucun effet : la société n'en restera pas moins une société purement civile, elle ne constituera pas une personnalité distincte. Chaque associé restera tenu personnellement, et non pas seulement jusqu'à concurrence de sa mise, des dettes sociales. Les parts des associés n'auront nullement un caractère essentiellement mobilier en vertu de l'art. 529 du code civil."

(Rapport de M. Dupont, *Rec. général*, t. 23, année 1870, p. 1481).

nymes civiles. L'État peut, en accordant son approbation à certaines sociétés civiles, ou même à certaines associations qui ne sont pas de vraies sociétés, les ériger en personnes morales; de plus, ces sortes d'associations, une fois constituées par les particuliers dans la forme de la société anonyme commerciale, réglée par les articles 29 à 36 c. com., ne pourraient se passer de l'autorisation du gouvernement : en l'absence de cette autorisation elles seraient nulles. Entre autres conséquences découlant de ce système, les tiers qui se seraient obligés envers le gérant d'une telle société non approuvée, ne seraient pas tenus d'exécuter leurs engagements; ils pourraient se prévaloir de la nullité de l'association.

Les associations auxquelles la cour a surtout fait l'application de cette jurisprudence sont les sociétés tontinières et les sociétés mutuelles d'assurances contre la grêle, les épizooties, l'incendie, les faillites, les chances du recrutement militaire. Ainsi que nous l'observions tantôt, ces associations ne méritent pas le nom de *sociétés*, s'il faut donner à ce mot le sens qu'y attachent le code civil et le code de commerce: on ne trouve pas, en effet, chez les parties contractantes, le désir de réaliser un bénéfice, condition exigée par l'art. 1832 comme un des caractères constitutifs de toute société.

**281.** La cour de cassation de France n'a cependant pas toujours professé en cette matière la doctrine qu'elle embrasse aujourd'hui. Il était un temps où elle considérait comme parfaitement valable, la société civile organisée dans la forme de la société anonyme commerciale, quoique non pourvue de l'autorisation du gouvernement, sans lui reconnaître toutefois la qualité de personne morale, ni le droit d'ester en justice dans la personne d'un mandataire. Aussi, comme il est intéressant d'examiner par quelles transformations successives l'opinion de la cour suprême a passé, avant d'en arriver à l'état dans lequel on la trouve aujourd'hui, nous allons parcourir les différentes phases qu'a traversées sa jurisprudence, quant au point qui nous occupe.

**282.** En 1854 la cour en était encore à repousser tout empiètement du droit commercial sur le terrain purement civil; son arrêt en cause de la société *l'Avenir* en est la preuve. Turr avait fondé une société destinée à former entre

les pères de famille et à administrer des sociétés civiles contre les chances du recrutement de l'armée. Il lui avait donné le nom de *l'Avenir* et s'en était réservé l'administration. Un journal ayant inséré dans ses colonnes un article prétenduement diffamatoire pour la société *l'Avenir*, la réparation du dommage qui pouvait en être résulté, fut poursuivie à la requête de Turr; et celui-ci était représenté dans l'exploit d'assignation comme agissant au nom et à titre de directeur de la société qui se disait offensée. La cour refusa à Turr le droit d'ester en cette qualité. Le motif de son refus montre assez qu'à ce moment, elle était loin de concevoir le système radical qu'elle appliqua dans la suite avec la dernière rigueur. Elle dit " qu'en effet, si la société est purement civile, à raison de sa mutualité, ainsi que l'énonce l'acte constitutif, elle ne peut procéder devant les tribunaux que par ses membres agissant chacun en son nom personnel; que si son caractère est commercial, *comme elle serait en même temps anonyme*, elle serait soumise par l'art. 37 c. com. à une autorisation préalable qu'elle n'a pas obtenue, qu'elle n'aurait donc pas, dans ce cas, d'existence légale, et ne pourrait se faire représenter en justice par un directeur [3]. " Ce passage prouve à toute évidence que, dans la pensée de la cour, les sociétés commerciales constituées dans la forme anonyme sont seules soumises à l'autorisation du gouvernement; que l'art. 37 c. com. n'est pas applicable aux sociétés civiles qui se trouveraient dans ce cas. La cour en est encore à penser, comme au temps où elle rendait son arrêt dans l'affaire du Cotentin (suprà n° 94), que la société civile, dans notre hypothèse, n'est pas nulle pour ne pas s'être soumise à l'approbation du gouvernement; mais qu'il faut appliquer aux associés, dans toute sa sévérité, le principe qui défend de plaider par procureur; en d'autres termes, la société dont nous nous occupons ne peut fournir la matière d'une personne morale.

**283.** Le 31 décembre 1854 se présentait devant la cour d'Orléans une espèce identique à la précédente; elle en différait seulement en ce qu'il s'agissait ici d'une société d'assurances mutuelles (contre l'incendie) autorisée par le gouver-

[3] Cass. f. 20 juillet 1854; D. P. 55. 1. 41.

nement. A raison de cette dernière circonstance, la cour reconnut au directeur de la société le droit de poursuivre en justice, en son nom, les droits et actions appartenant à celle-ci. Et cette jurisprudence fut ratifiée par la cour suprême le 5 nov. 1855 [4]. Il s'est donc opéré une modification dans les idées de la cour de cassation. Elle est d'avis que la société en question forme une personne morale malgré le caractère civil de ses opérations. Voyons quelles raisons ont pu déterminer la cour à adopter une appréciation nouvelle.

Voici ce que disait la cour d'Orléans : " Considérant, en droit, que la compagnie mutuelle du Mans, quelle que soit d'ailleurs la qualification légale qui lui appartienne dans le vocabulaire légal et judiciaire, est, par l'ignorance où ses membres sont tous les uns des autres, par leur nombre indéfini qui va croissant et décroissant sans cesse, dans l'impossibilité absolue de s'organiser et de s'administrer elle-même, si elle ne constituait une personne civile représentée par son directeur, etc.; considérant dès lors que le droit public faisait au gouvernement un droit et un devoir de protéger des contractants incapables, par la nature des choses, de se protéger eux-mêmes contre des engagements réciproques dont la mesure et l'exécution peuvent d'ailleurs intéresser l'ordre public; que c'est ce qu'il a fait en autorisant la création d'une personne civile représentée par le directeur de la compagnie et indépendamment des membres de celle-ci; que le gouvernement a puisé ce droit et ce devoir dans l'avis du conseil d'État du 15 oct. 1809, qui dit formellement, art. 3, que les compagnies d'assurances mutuelles doivent, préalablement à leur fonctionnement, être approuvées et les compagnies autorisées, etc. "

**284.** Quel est cet avis du conseil d'État en date du 15 oct. 1809 ? Voici ce qu'il porte : " Le conseil d'État.... est d'avis 1° que la formation et l'existence des associations mutuelles contre les ravages de la grêle et des épizooties, est un objet utile et que ces établissements méritent la faveur et la protection du gouvernement; 2° que ces sociétés d'assurances mutuelles ne peuvent remplir le but de leur institution, qu'autant que les statuts de leur organisation ont pourvu, par des

[4] D. P. 56. 1. 353.

règles prévoyantes, à déterminer, d'une manière positive et précise, la variété et la mesure des engagements réciproques des associés et toutes les formes d'exécution de ces engagements; 3° que ces engagements et leur exécution pouvant, par leur mesure comme par leur mode, intéresser l'ordre public, les statuts qui les expriment doivent préalablement être soumis à l'approbation du gouvernement, et qu'ainsi une société d'assurances tant contre le ravage de la grêle et des épizooties que contre le danger des incendies, ne peut se former que ses réglements n'aient été soumis au Ministre de l'Intérieur et, sur son rapport, approuvés par Sa Majesté au conseil d'État, etc.

Plusieurs considérations tendent à enlever à ce document le caractère et la force d'un acte législatif. D'abord, cet avis ne prononce pas par voie de disposition générale. Il fut rendu sur la demande d'approbation des statuts d'une société d'assurances mutuelles contre la grêle et les épizooties. En second lieu, les principes constitutionnels en vigueur à cette époque ne permettaient pas d'attribuer force de loi à un simple avis du conseil d'État. On admettait généralement que le conseil d'État avait le pouvoir d'interpréter les textes de loi. Mais ici l'avis du conseil d'État est bien plus qu'un acte d'interprétation d'une loi existante; il constitue une addition à la loi. Il restreint, en effet, le droit que le code civil accorde aux particuliers de s'associer civilement en dehors de toute approbation du gouvernement; il soumet l'existence même de leur convention à une condition nouvelle et exorbitante de droit commun. En troisième lieu, l'avis en question n'a pas été inséré au bulletin des lois pendant la durée de l'empire. Il a été seulement annexé plus tard à l'ordonnance royale du 14 nov. 1821, relative aux entreprises de remplacements militaires. Or si, par de graves considérations d'ordre public, il a été admis par la doctrine et par la jurisprudence que, malgré leur inconstitutionnalité, les décrets impériaux conservaient leur force obligatoire nonobstant la chute de l'empire et l'avénement d'un gouvernement nouveau, il n'en est ainsi que pour ceux qui ont été légalement publiés et exécutés avant la charte de 1814 [5]. D'après les lois de la matière et spécialement aux termes des

[5] V. Dalloz, v° *Lois*, n° 57.

dispositions combinées de la loi du 12 frim. an 2, de celle du 12 vend. an 4, de la constitution de l'an 8, et de l'avis du conseil d'État du 25 prairial an 13, la promulgation des lois et celle des décrets d'un intérêt général résultent de leur insertion au bulletin officiel. Donc, faute d'avoir été l'objet d'une insertion de ce genre antérieurement à la charte de 1814, le décret du 15 oct. 1809 n'a jamais eu de force obligatoire.

C'est ce que reconnaît la cour de Douai en ces termes": "Attendu que l'on ne peut davantage se prévaloir de l'avis du conseil d'État approuvé le 15 oct. 1809, relatif aux compagnies d'assurances qui intéressent l'ordre public, puisque ce décret, non inséré au bulletin des lois pendant la durée de l'empire, et sur lequel le sénat n'a pu exercer son droit de censure, n'a pas la force d'un acte législatif; attendu que la publication postérieure, faite en conformité de l'ordonnance du 14 nov. 1821, n'a pu réparer ce vice originel; etc. [6] ".

**285.** Voici maintenant une espèce qui fournit à la cour suprême l'occasion d'accentuer davantage la tendance à laquelle elle cédait de plus en plus.

Le 6 janvier 1857 elle avait à statuer sur la validité d'une association non autorisée, ayant pour but de former et d'administrer par toute la France des associations mutuelles pour la libération du service actif de l'armée. Cette association était nommée l'*Alliance des familles;* elle avait pour objet de réunir, au moyen de mises communes, une masse de fonds qui devaient être répartis d'abord entre les associés tombés au sort et jugés propres au service militaire, puis entre tous les membres de l'association, dans le cas où la masse excéderait les sommes nécessaires pour parvenir au remplacement. Les affiliations à la société étaient reçues depuis la naissance jusqu'au moment du tirage, et il existait des éventualités de déchéances et des bénéfices aléatoires. Ces circonstances déterminèrent la cour à voir dans la société en question une association de la nature des tontines; pour ce motif, son existence était subordonnée à l'approbation du gouvernement en vertu de l'avis du conseil d'État du 1er avril 1809, de sorte qu'en l'absence de toute approbation officielle, elle était nulle [7].

[6] Douai 29 mars 1855; D. P. 57. 2. 201.

[7] D. P. 57. 1. 200.

**286.** Quel est cet avis du conseil d'État du 1er avril 1809? Quelle en est la portée? C'est ce que nous allons examiner.

La tontine est une convention par laquelle plusieurs personnes mettent certaines choses en commun, avec stipulation que la part des prédécédés accroîtra aux survivants, et le dernier vivant acquiert la totalité du fonds commun. L'accroissement, l'acquisition totale sont donc soumis à une condition aléatoire, celle de la survie. Un certain nombre de tontines s'étaient formées en France au siècle dernier. L'appel que les fondateurs de ces entreprises adressaient au public, était d'autant plus favorablement écouté que les masses se sentent plus fortement attirées vers les spéculations basées sur le hasard. Aussi, de bonne heure, la tontine fut-elle imaginée, de la part d'industriels malhonnêtes, comme le moyen de se créer une brillante fortune aux dépens de la crédulité publique. Aussitôt que le mal fut signalé, on essaya d'y porter remède. En conséquence, on rechercha si, dans l'arsenal des lois existantes, il ne s'en trouvait pas une qui subordonnât la validité de la tontine à l'approbation du gouvernement; on se demanda donc si l'on ne pouvait lui appliquer l'art. 37 c. com., qui impose aux sociétés anonymes l'obligation de l'obtenir. Cette question fut examinée en séance du conseil d'État; et M. d'Hauterive soutint que l'art. 37 n'était applicable aux tontines ni par son texte, ni par l'esprit qui l'a dicté. La société du code de commerce, en effet, est destinée à produire des bénéfices à l'aide d'un fonds commun; elle est essentiellement active. La tontine, au contraire, forme un état passif, ayant pour effet de produire un accroissement de propriété au profit de certains communistes, lors du prédécès des autres. L'art. 37 n'a donc pas été créé en vue d'une combinaison de ce genre. Cependant, ajoute M. d'Hauterive, la législation n'est pas désarmée devant une semblable association. Pour le prouver, il cite la loi du 24 août 1793, qui, après avoir supprimé la caisse d'escompte, la compagnie d'assurances sur la vie et généralement toutes celles dont le fonds capital est représenté par des actions au porteur, par des effets négociables, ou par des inscriptions sur un livre transmissibles à volonté, prescrit (art. 2) " qu'à l'avenir il ne pourra être établi, formé ou conservé de pareilles

associations ou compagnies sans une autorisation du Corps Législatif ". Il n'est donc pas besoin, dit en terminant M. d'Hauterive, d'une loi pour établir sur ce point la compétence du gouvernement. Cette doctrine fut consacrée par un avis du conseil d'État du 25 mars 1807, approuvé par l'empereur le 1er avril suivant. Le conseil d'État décida donc qu'aucune association de la nature des tontines ne pourrait être établie sans une autorisation spéciale donnée dans la forme des règlements d'administration publique [8].

Tel est donc le décret du 1er avril 1809. L'application de cette décision n'a guère soulevé d'objections. Cependant est-il bien vrai de dire, ainsi que le prétend M. d'Hauterive, qu'il n'était pas besoin d'une loi pour établir, à l'égard des associations en question, la nécessité d'obtenir préalablement l'approbation du gouvernement? La loi du 24 août 1793, qu'il invoque comme contenant le principe de cette obligation, n'est pas aussi concluante qu'il le croit. Car elle soumet les établissements dont elle parle, non à l'autorisation du gouvernement, c'est-à-dire à une mesure réglementaire,

[8] Avis du conseil d'État sur les associations de la nature des tontines, 1er avril 1809.

" Le conseil d'État qui, d'après le renvoi ordonné par Sa Majesté, a entendu le rapport des sections réunies des finances et de législation sur les associations dites tontines; — considérant qu'une association de la nature des tontines sort évidemment de la classe commune des transactions entre citoyens, soit que l'on considère la foule des personnes de tout état, de tout sexe et de tout âge, qui y prennent ou qui peuvent y prendre des intérêts; soit que l'on considère le mode dont ces associations se forment, mode qui ne suppose, entre les parties intéressées, ni ces rapprochements, ni ces discussions si nécessaires pour caractériser un consentement donné avec connaissance; soit que l'on considère la nature de ces établissements qui ne permet aux associés aucun moyen efficace et réel de surveillance; soit enfin que l'on considère leur durée toujours inconnue et qui peut se prolonger pendant un siècle; — qu'une association de cette nature ne peut, par conséquent, se former sans une autorisation expresse du souverain, etc.;

" Est d'avis, 1° qu'aucune association de la nature des tontines ne peut être établie sans une autorisation spéciale donnée par Sa Majesté dans la forme des réglements d'administration publique; — 2° qu'à l'égard de toutes les associations de cette nature qui existeraient sans autorisation légale, il n'y a pas un moment à perdre pour suppléer à ce qu'on aurait dû faire dans le principe; — qu'il est par conséquent urgent de leur donner un mode d'administration qui calme toute inquiétude de la part des actionnaires, soit par le choix d'administrateurs faits pour réunir toute leur confiance, soit par la régularité et la publicité des comptes; etc. "

mais bien à l'autorisation du Corps Législatif, c'est-à-dire à un acte de la puissance législative[9]. En second lieu, la loi en question nous semble avoir été abrogée par les rédacteurs du code de commerce. Elle soumet, en effet, à l'autorisation préalable toutes les compagnies dont le fonds capital a été divisé en actions au porteur. Or le code de commerce a institué la commandite par actions et lui a permis de s'organiser en dehors de toute approbation officielle. Il semblerait donc résulter de là que le conseil d'État, dans la circonstance actuelle, loin d'interpréter une loi existante, a de nouveau aspiré au rôle de législateur auquel la loi même de sa constitution lui interdisait de prétendre. Son avis du 1er avril 1809 serait donc entaché d'arbitraire et n'aurait aucune valeur législative.

**287.** Quoi qu'il en soit de la légalité de ce document, son application ne nous semble guère justifiable en ce qui concerne l'espèce jugée par la cour de cassation le 6 janvier 1857. Et en effet, le but principal de l'association qu'on y voit figurer n'était pas de créer une tontine. Elle avait pour objet de faire peser sur un grand nombre d'individus les charges résultant de l'exonération de ceux d'entre eux qui étaient désignés pour prendre part au service militaire. Maintenant, que les parties aient prévu le cas où les fonds réunis excéderaient la mesure des besoins à satisfaire, qu'elles aient déterminé le mode de répartition de l'excédant entre tous les associés, que ce mode de répartition ait quelque chose d'aléatoire et soit basé sur certaines chances de prédécès ou de survie, qu'importe? N'est-ce pas là une clause tout-à-fait accessoire, qui ne peut faire dégénérer la nature même du contrat dont elle forme une simple annexe, ni le transformer lui-même en une tontine? Nous le pensons. Il est évident du reste que l'association en question, considérée même dans cette clause accessoire, n'offre pas les dangers que le conseil d'État a voulu prévenir en soumettant la tontine véritable à l'autorisation du gouvernement. Les associés ne sont pas alléchés par le désir de se procurer un

[9] Bruxelles 13 mai 1861. P. 1862. 277:

" Attendu qu'une association n'acquiert pas de plein droit et par le fait seul de sa création la personnification civile; que le pouvoir législatif peut seul la lui donner et qu'à défaut d'une loi spéciale qui lui attribue ce privilége, les effets civils d'une association sont réglés par le droit commun; etc. "

accroissement de fortune, mais par l'espoir de trouver protection contre un dommage éventuel. L'avis du conseil d'État n'est donc applicable, ni par son texte, ni par l'esprit qui l'a inspiré. Si néanmoins la cour de cassation crut devoir l'appliquer, c'est qu'elle était à ce moment déjà sous l'empire d'une préoccupation qui plus tard éclata dans tout son jour, celle de traiter comme une société anonyme commerciale, la société civile composée d'un grand nombre de personnes inconnues les unes aux autres, ayant contracté moins en considération de la personne et des capacités de leurs coassociés, du gérant de l'entreprise, qu'en vue des espérances que leur affiliation à cette entreprise leur faisait concevoir.

Telle est bien la vérité. Le décret du 1er avril 1809, aussi bien que celui du 15 octobre, ne servit à la cour suprême qu'à recouvrir sa doctrine nouvelle d'un semblant de légalité. Elle eut bientôt l'occasion de la proclamer en toute franchise, ainsi qu'on va le voir.

**288.** Une société s'était formée à Paris sous le nom de Compagnie d'assurances à prime contre les faillites. Le sieur Pasturin, agissant en qualité de directeur de cette société, assigne deux personnes en payement d'une somme de..., montant de primes d'assurances par elles dues à la société. Les défendeurs opposent la nullité de la société résultant du défaut d'autorisation. Ce moyen de défense, accueilli en première instance, est déféré à la cour de Douai. Celle-ci décide, au contraire, que la validité de l'association n'est subordonnée à aucune autorisation. D'abord le décret sur les tontines n'est pas applicable à l'espèce " attendu que l'aléa résultant de la survie lui est complètement étranger ". Ensuite le décret du 15 oct. 1809, relatif aux compagnies d'assurances mutuelles qui touchent à l'ordre public, ne peut davantage être invoqué: car ce décret est nul pour ne pas avoir été promulgué dans la forme légale (suprà n° 285). Jamais, en effet, la nécessité d'une autorisation préalable ne parut moins justifiée: aux raisons indiquées par la cour de Douai, on peut ajouter cette considération que le décret du 15 octobre, eût-il même force de loi, n'avait aucune autorité dans le cas présent; il ne concerne, en effet, que les sociétés d'assurances contre les ravages causés par la grêle, les épizooties et l'incendie. Ici, au con-

traire, il s'agit d'une société d'assurances mutuelles contre les faillites.

289. L'embarras de la cour de cassation, appelée à son tour à trancher la difficulté, aurait donc été grand si elle eût été réduite à puiser ses éléments de décision dans les décrets de l'empire. Aussi n'en est-il plus question. La cour, en effet, proclame un système tout nouveau; elle affirme pour la première fois la nécessité de soumettre à un régime identique la société anonyme civile et la société anonyme commerciale; l'art. 37 c. com. régit l'une et l'autre. Toute association, quelle qu'elle soit, dont l'organisation répond aux règles tracées par les art. 29 à 37 c. com., eût-elle pour objet des opérations civiles, doit, sous peine de nullité, se soumettre aux conditions de validité énumérées par ces dispositions. Et il n'y a pas lieu de distinguer entre les sociétés qui se proposent de réaliser un bénéfice et celles qui n'ont en vue que la réparation ou l'atténuation d'un dommage.

L'importance de cette doctrine nous fait un devoir de reproduire en entier l'arrêt dans lequel elle est développée. Voici comment s'exprime la cour suprême :

" Vu les art. 1873 c. nap. et 37 c. com., et les décrets des 1er avril 1809 et 18 nov. 1810; — attendu que la société anonyme n'existe pas sous un nom social et n'est désignée par le nom d'aucun des associés (art. 29 c. com.); — qu'elle est simplement qualifiée par la désignation de l'objet de son entreprise; — qu'elle est administrée par des mandataires et que ceux-ci ne sont responsables que de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu, et qu'ils ne contractent, à raison de leur gestion, aucune obligation personnelle ou solidaire relativement aux engagements de la société (art. 32); — attendu qu'une société de cette nature qui, à la différence des sociétés ordinaires, n'offre ni la garantie d'une raison sociale, ni celle de la responsabilité personnelle des associés, ne peut exister que sous la condition de l'approbation préalable de ses statuts par le conseil d'État et de l'autorisation du gouvernement; — que telle est, en effet, la disposition expresse et d'ordre public de l'art. 37 c. com.; — Attendu que cet article, directement applicable aux sociétés ayant un but commercial, doit être également appliqué aux sociétés civiles lorsque celles-ci offrent

les caractères de la société anonyme; — qu'en effet, en empruntant au code ce mode spécial d'organisation, les sociétés civiles se soumettent nécessairement aux prescriptions essentielles et d'ordre public qui sont la condition même d'existence de ces sortes de sociétés; — que, s'il en était autrement, la société civile anonyme, affranchie à la fois de l'autorisation préalable du gouvernement et de la responsabilité personnelle des associés, serait par là même en situation de renouveler, et dans des proportions indéfinies, les abus et les désordres que les lois de la matière ont eu particulièrement en vue de prévenir, ce qui est souverainement inadmissible; — attendu d'ailleurs qu'aucune distinction à cet égard ne saurait être légalement établie entre les associations qui ont pour objet la poursuite d'un lucre ou le partage des bénéfices, et celles qui, comme les assurances mutuelles, n'ont pour objet que la réparation des pertes ou leur atténuation, puisque, dans un cas comme dans l'autre et avec non moins d'utilité, l'autorisation préalable tend à prémunir le public contre les combinaisons imprévoyantes ou artificieuses de statuts non approuvés; — attendu, au surplus, que ces principes ont été ainsi entendus et consacrés dans l'application qui en a été faite aux sociétés civiles présentant les caractères des sociétés anonymes, tels que les établissements de la nature des tontines, les assurances mutuelles contre la grêle, les incendies et autres, intéressant au même titre l'ordre public, par les décrets des 1er avril 1809 et 10 nov. 1810 et l'avis du conseil d'État du 15 oct. 1809;

" Attendu, en fait, que la société civile des assurances mutuelles n'a pas été autorisée; — Attendu néanmoins qu'elle n'a pas de raison sociale et qu'elle n'est désignée par le nom d'aucun des associés; — qu'elle est, au contraire, simplement qualifiée par la désignation de l'objet de son entreprise, à savoir : Assurance mutuelle à prime fixe contre les faillites (art. 1er des statuts); — qu'elle est administrée par Élie Pasturin son directeur, lequel n'est à ce titre responsable que de l'exécution de son mandat; — attendu que de l'ensemble de ces dispositions statutaires, il résulte que la société des assurances mutuelles à prime fixe contre les faillites réunit tous les éléments essentiels et caractéristiques de la société anonyme, tels qu'ils sont prévus et définis par la loi, et que dès lors elle

était nécessairement soumise à la nécessité de l'autorisation préalable, etc." (13 mai 1857. Ch. civ. D. P. 57. 1. 201).

Le lecteur n'aura pas manqué sans doute de faire une remarque : les décrets de l'empire, qui paraissaient, à l'origine de cette campagne contre certaines sociétés prétenduement anonymes, l'unique texte de loi capable de les soumettre à la nécessité de l'autorisation officielle, finissent par perdre tout droit à cet honneur; on découvre un principe général, inaperçu jusqu'alors, qui enveloppe toutes les sociétés anonymes tant civiles que commerciales, et dont les décrets en question ne sont eux-mêmes que d'humbles satellites, de simples applications; la cause primitive est maintenant descendue au rang d'effet.

290. Depuis la date de l'arrêt que nous venons de rapporter, la jurisprudence semble fixée en France dans le sens qu'il détermine. Ainsi la cour de cassation a reproduit le même système dans un arrêt rendu le 9 nov. 1858 (D. P. 58. 1. 462); et, chose remarquable, elle base sa décision exclusivement sur l'art. 37 c. com., en laissant cette fois les décrets de l'empire dans l'oubli le plus complet. Elle n'y fait plus la moindre allusion, pas même pour établir entre l'art. 37 et les décrets en question, le rapport de cause à effet. On peut donc dire que l'arrêt du 9 nov. 1858 marque, dans la jurisprudence de la cour suprême, le point vers lequel sa doctrine a atteint toute son indépendance, toute sa perfection.

De leur côté, les cours de Paris et d'Orléans [10] ne font aucune difficulté pour se ranger à l'opinion de la cour régulatrice.

291. Nous avons maintenant à apprécier la jurisprudence de la cour de cassation. D'après la cour, toute association, poursuivant un but civil, dont les statuts ne font peser sur aucune personne physique les engagements pris par le gérant en cette qualité, serait nulle si le gouvernement n'en avait préalablement autorisé la formation. Nous pensons que, dans l'état actuel de la législation, rien n'est moins juridique. Aucune disposition du code civil, en effet, ne fait de l'obtention d'une

[10] Paris 1er fév. 1858. D. P. 58. 2. 28; Orléans 21 juill. 1859. D. P. 61. 2. 29; 22 déc. 1860. D. P. 61. 2. 39.

[11] Orléans 22 déc. 1860. D. P. 61. 2. 29.

autorisation quelconque, une condition de validité de cette association. D'autre part, l'art. 37 c. com. n'a pas été rédigé en vue des sociétés civiles (suprà n° 279). Il y a même un motif spécial de le déclarer inapplicable aux sociétés d'assurances mutuelles dont nous nous sommes occupé : ces conventions ne constituent pas des sociétés proprement dites, dépourvues qu'elles sont d'un des caractères essentiels à toute société. C'est ce que constatait M. d'Hauterive dans son rapport au conseil d'État (suprà n° 286); et, à cet égard, il est curieux de voir comment ce jurisconsulte et le conseil d'État, animés cependant du même désir, des mêmes intentions, professent sur ce point des opinions absolument opposées. Les sociétés d'assurances mutuelles et les sociétés civiles quelles qu'elles soient, constituées par les parties dans la forme anonyme, ne sont donc pas nulles à défaut d'autorisation du gouvernement. L'absence d'approbation officielle ne frappe pas de nullité les obligations que des tiers ou que les associés eux-mêmes peuvent avoir contractées envers la société. Seulement la société ne peut prétendre à aucune faveur qui ne résulterait pas de l'application pure et simple du droit commun.

La cour fait sonner bien haut l'ordre public; elle le croit directement intéressé à ce que certaines associations, celles dont nous avons indiqué les caractères, ne puissent se former en dehors de l'approbation du gouvernement. Mais qu'importe à l'ordre public que quelques particuliers, plus ou moins nombreux, aient été victimes de l'imprudente crédulité dont ils ont fait preuve en acceptant à la légère des promesses illusoires? Qu'importe qu'ils aient été dupes de la confiance exagérée qu'ils ont témoignée envers certains spéculateurs, en leur remettant, dans un but quelconque, une partie de leur fortune? Que n'agissaient-ils avec plus de circonspection, que ne prenaient-ils toutes les informations de nature à les prémunir contre une méprise, et dont tout homme sensé doit s'entourer avant de se lancer dans une entreprise inconnue! Le gouvernement aurait-il peut-être la prétention d'empêcher tous les spéculateurs malhonnêtes d'exploiter l'humanité et tous les fous de se ruiner? Agir de la sorte, ce serait exercer sur le public une tutelle perpétuelle et le maintenir dans un état constant de minorité. Or c'est précisément ce que le législateur n'a pas permis. Il a

préféré abandonner les hommes à leur propre sagesse, au risque de les voir quelquefois en manquer complètement, persuadé que rien n'enseigne la prudence comme le souvenir d'un dommage que l'on doit à sa propre faute.

Au reste, nous ne trouvons pas que la situation des personnes affiliées aux associations dont nous parlons, soit bien digne d'intérêt et mérite qu'on annulle l'acte de société à leur profit. Si l'on objecte, avec le conseil d'État (voir note 8), que les associés n'ont aucun moyen efficace et réel de surveillance; que leur affiliation à la société n'a été précédée d'aucune de ces discussions si nécessaires pour caractériser un consentement donné en connaissance de cause, nous répondrons que les parties, avant de s'engager, ont dû consulter les statuts; elles ont par suite accepté toutes les conséquences qui découlaient de chacune des clauses de la convention. Pourquoi donc ne pas appliquer sans réserve le principe d'après lequel les contrats librement arrêtés forment la loi des parties? De quel droit les tribunaux s'interposeraient-ils entre le promettant et le stipulant, pour délier le premier de ses engagements? Quant aux tiers non associés, nous comprenons moins encore qu'ils puissent se soustraire à l'accomplissement de leurs obligations en prétextant un prétendu dommage éprouvé par l'un des associés: car ce préjudice ne les affecte d'aucune manière.

292. Si la cour de cassation de France déclare nulles les sociétés dont nous nous occupons, pour n'avoir pas été autorisées par le gouvernement, en revanche, lorsqu'elles se sont munies de cette autorisation, elle les admet à jouir des avantages de la personnification civile et elle décharge les associés gérants du fardeau de l'obligation personnelle indéfinie. Or, en ceci, la cour reconnaît au gouvernement un droit dont l'exercice constituerait un véritable abus de pouvoir, une usurpation de la puissance législative. Et en effet, le législateur, en divisant les associations, d'après leur objet, en deux catégories, l'une comprenant les sociétés civiles, l'autre les sociétés commerciales, a refusé de voir dans la société civile un être juridique distinct des associés, lesquels demeurent personnellement responsables des engagements contractés en commun, alors qu'il a autorisé une forme de

société commerciale, la société anonyme, dont l'adoption procure aux parties l'avantage de n'être tenues des dettes sociales, ni sur leur personne, ni sur leurs biens, et de donner naissance à une personne morale. Or appartient-il au pouvoir judiciaire, au pouvoir exécutif de bouleverser cette distribution, de transporter aux sociétés civiles une combinaison que le législateur n'a permise qu'en matière commerciale ? Nous ne le pensons pas.

293. Du reste, il serait intéressant de voir la cour de cassation appelée à émettre de nouveau son avis sur la même question, sous l'empire de la loi du 24 juillet 1867, titre 2, qui actuellement régit la France et qui affranchit les sociétés anonymes de la nécessité de l'autorisation gouvernementale. Déciderait-elle qu'aujourd'hui encore il faut assimiler à la société anonyme commerciale les sociétés civiles dont l'organisation répond aux règles tracées dans les art. 29 à 37 c. com.? Si la cour était conséquente, elle devrait répondre affirmativement : car si, avant la loi de 1867, l'art. 37 régissait les sociétés civiles non moins que les sociétés de commerce, il faut conclure que la suppression de cette disposition doit profiter aux premières aussi bien qu'aux autres. Si donc l'on en croyait la cour, on serait amené à penser qu'il est actuellement permis en France de s'associer, en toute liberté, dans la forme anonyme, en vue de n'importe quel but, civil ou commercial : l'arrêt du 13 mai 1857, en effet, est général (suprà n° 289); il ne distingue pas. Du reste, pourquoi faudrait-il distinguer ? Quels seraient les motifs de distinction ? Où est la loi qui antérieurement à l'année 1867, déterminait la nature des associations civiles que le gouvernement pouvait autoriser et dont il ne s'écartait pas? On peut dire qu'une pareille loi n'a jamais existé. Le gouvernement était l'unique arbitre dans cette question. Or le principe de la loi de 1867 consiste à transporter aux particuliers l'exercice de la faculté dont l'État usait seul précédemment.

Ainsi donc il serait vrai de dire qu'en matière civile, aucune restriction ne viendrait limiter la liberté accordée aux particuliers d'ériger autant de sociétés anonymes, autant de personnes morales qu'il leur plairait. Or c'est là une conclusion qu'on ne peut accepter. Qui n'aperçoit, en effet, d'un

coup d'œil, les périls sans nombre dont l'usage d'un tel pouvoir remis aux mains des particuliers menacerait la société? Qui ne songe à la perpétuité, à la permanence de la société anonyme, à son caractère d'impersonnalité, engendrant l'irresponsabilité? Qui n'entrevoit tous les dangers qu'il y aurait à mettre l'anonymat au service d'entreprises civiles auxquelles cette forme de société n'a pas été destinée par le législateur, et dont le but peut même être de tout point contraire aux vœux de la loi, au bien général? Dira-t-on, pour calmer ces appréhensions, que la loi de 1867 n'abolit le principe de l'autorisation qu'en faveur des sociétés de commerce, qu'il subsiste dans toute sa force à l'égard des sociétés civiles? Nous demanderons alors où cette réserve est écrite et l'on sera fort embarrassé pour nous répondre. En somme la jurisprudence qui a imaginé les sociétés anonymes civiles est basée sur l'arbitraire. Le mieux nous semble de rentrer dans les limites légales que la cour de cassation a dépassées, et de déclarer que la société anonyme civile n'a pas sa place marquée dans la classification du code.

294. Les sociétés civiles contractées dans la forme anonyme restent soumises à tous les principes de droit commun en matière de sociétés civiles, fussent-elles même pourvues de l'approbation du gouvernement. Par conséquent, les immeubles apportés par l'un ou l'autre des associés ne deviennent pas la propriété de l'être moral; ils continuent, aux yeux des tiers, à appartenir par indivis aux associés. Nous nous référons, sous ce rapport, aux développements présentés plus haut, n^os^ 272 et suivants. Les créanciers de la société qui veulent saisir ces immeubles, doivent donc préalablement obtenir jugement contre les propriétaires de ces biens, c'est-à-dire contre ceux qui sont désignés comme tels par les registres des transcriptions. Ils ne doivent pas assigner la société considérée comme être abstrait, ni mettre les actionnaires en cause. Ces actionnaires n'ont d'autre qualité, vis-à-vis des tiers, que celle de créanciers; l'étendue de leurs droits à charge des associés responsables est déterminée par les stipulations du contrat de société. Cependant les créanciers de la société pourraient exercer contre eux les droits des associés leurs débiteurs. Ainsi si les actionnaires n'avaient pas parfait le

versement de la somme souscrite par eux, ils pourraient être poursuivis en payement de ce qui reste dû; mais le bénéfice de la condamnation devrait être partagé avec les autres créanciers des associés. Les créanciers de la société n'ont donc aucun droit contre les actionnaires lorsque ceux-ci ont libéré leur action, car les associés eux-mêmes n'ont plus rien à leur réclamer. Quant aux associés qui gèrent, qui contractent des obligations, ils sont pleinement responsables; il en est de même des autres personnes nommées dans le contrat de société, à moins qu'elles n'aient limité leur responsabilité; dans ce cas, en effet, cette clause doit être observée. Enfin la société ne formant pas une personne morale, il ne peut être obtenu de condamnation intégrale contre les débiteurs communs, que si la demande est dirigée contre eux tous; il ne suffirait pas que le gérant figurât seul dans l'instance. En sens inverse, le gérant, lorsqu'il poursuit seul en justice un débiteur social, ne peut obtenir que sa part dans la créance. Les tribunaux ne pourraient adjuger la somme intégrale que si la demande était formée au nom de tous ceux que l'on peut considérer comme les créanciers du défendeur, c'est-à-dire au nom de tous les associés.

## ERRATA

Page 24, ligne 31, au lieu de : des derniers temps de la période intermédiaire, lisez : appartenant à la dernière époque de l'ancienne jurisprudence.

Page 89, ligne 16, au lieu de : un associé payera ce qui est dû par un autre, lisez : un associé touchera ce qui est dû à un autre.

*Chapitre second. Des sociétés de commerce.* . . . . . N° 133

I De la société en nom collectif. . . . . 135
§ 1 De la société régulièrement formée . . . . . 136
n° 1 Droits des tiers contre la société. . . . . 137
n° 2 La société défenderesse . . . . . 144
n° 3 Droits de la société contre les tiers . . . . . 150
n° 4 La société demanderesse. . . . . 152
n° 5 Du droit qu'ont les associés de disposer de l'actif social. 154
n° 6 La société en liquidation . . . . . 156
n° 7 La société en faillite . . . . . 175
§ 2 De la société nulle pour inobservation des formes légales . 183
n° 1 Rapports des associés entre eux . . . . . 184
n° 2 Rapports des associés avec les tiers . . . . . 187
n° 3 La société nulle en faillite . . . . . 201
II De la société en commandite . . . . . 202
III De la société anonyme. . . . . 212
§ 1 De la société anonyme fondée en Belgique . . . . . 231
§ 2 Des sociétés anonymes étrangères . . . . . 240
IV De l'association en participation. . . . . 259

*Chapitre III. De l'alliance du droit civil et du droit commercial en matière de sociétés* . . . . . 260

I Des sociétés contractées en vue d'exploiter les mines. . . . . 267
II Des sociétés civiles contractées dans l'une des formes organisées par le code de commerce. . . . . 272
III Des sociétés civiles par actions. . . . . 276
IV De la commandite civile . . . . . 279
V De la société anonyme civile. . . . . 279